

**PATRÍCIA NUNES LIMA BIANCHI**

**A (IN) EFICÁCIA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE  
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO BRASIL**

Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito à obtenção do título de Doutora em Direito, Estado e Sociedade - Especialidade em Direito Ambiental. Orientador: Professor Doutor José Rubens Morato Leite

**FLORIANÓPOLIS  
2007**

**PATRÍCIA NUNES LIMA BIANCHI**

**A (IN) EFICÁCIA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE  
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO BRASIL**

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, na área Direito, Estado e Sociedade.

**Banca Examinadora:**

---

**Presidente: Prof. Dr. José Rubens Morato Leite; UFSC**

---

**Membro: Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho; UNISINOS**

---

**Membro: Prof. Dr. Rogério Silva Portanova; UFSC**

---

**Membro: Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas; PUC/PR**

---

**Membro: Prof. Dr. Zenildo Bodnar; UFSC**

---

**Suplente: Prof. Dr. Fernando Kinoshita; UFSC**

---

**Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer  
Coordenador do Curso**

Florianópolis, dezembro de 2007.

## AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. José Rubens Morato Leite, orientador, pela oportunidade de compartilhar a sua paciência, dedicação e sabedoria na elaboração deste trabalho acadêmico.

Ao Alexandre Juliano Bianchi, querido esposo, pelo cuidado, amor e compreensão sempre; além dos sinceros incentivos e efetiva colaboração na realização desta Tese, por meio de críticas, sugestões, elogios e reflexões.

Ao Sr. Domingos Lima Neto, e à Sra. Maria Helena Nunes Lima, meus pais, pelo incentivo, confiança e amor incondicional.

Aos amigos e irmãos, pelo apoio e alegria em todas as horas.

A todos os professores da Pós-Graduação em Direito pelos ensinamentos compartilhados; e pela herança de amor a esta louvável profissão que é a docência.

Aos que trabalham na Coordenadoria da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, por todos os atendimentos, orientações, esclarecimentos e auxílios nos momentos de dúvidas ou problemas, que sempre foram prontamente resolvidos.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq pelo auxílio à pesquisa brasileira.

A todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a realização desta obra.

Muito obrigada!

## RESUMO

Esta Tese objetiva a análise de fatores que influenciam a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no *caput* do art. 225, da Constituição da República, a fim de que se desenvolva e se incorpore culturalmente valores e princípios éticos e fundamentais para a existência digna dos cidadãos. Nestes termos, apresentaram-se alguns obstáculos a serem transpostos, e ainda sugestões para que as normas de Direito ambiental sejam efetivamente aplicadas no plano dos fatos, como meio de se garantir a sustentabilidade para as gerações presentes e futuras.

Partindo-se do contexto da sociedade atual, pós-moderna, globalizada - e também caracterizada como uma sociedade de risco - propõe-se o desenvolvimento do modelo de Estado de Direito Ambiental, viabilizado por alguns princípios estruturantes, a fim de que a sociedade assuma *novas* diretrizes que promovam maior segurança no âmbito social, além do enfrentamento da profunda crise de ordem ética presente nas instituições de um modo geral. Elegeu-se a teoria sistêmica como detentora dos instrumentos necessários para que se tenha uma visão dos atuais problemas sob um aspecto global e interdisciplinar, onde o ordenamento jurídico representaria um sistema dinâmico, incompleto, modificável, ordenado, axiológico e teleológico. Concluindo-se que, a partir dele, deve-se promover a busca de valores fundamentais baseados no princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito fundamental ao meio ambiente tem sua dignidade fundamentada no direito à vida. Contudo, a sua consecução envolve - além dos elementos jurídicos - fatores políticos, culturais, econômicos entre outros. Estes devem ser levados em consideração quando do estabelecimento de políticas públicas, legislativas, exercício da cidadania etc. A eficácia daquele direito deve ser entendida num contexto de crise do sistema jurídico brasileiro, levantando-se questões como a morosidade no julgamento dos processos, o acesso à justiça, o controle da magistratura, entre outros temas de destaque. A partir desta análise, apontam-se algumas soluções práticas como a idéia das varas especializadas; e soluções teóricas oferecidas, *v.g.*, pela teoria garantista; além da necessidade de uma mudança na cultura hermenêutica brasileira, conferindo-se relevo a valores e princípios com o intuito de se aproximar a práxis jurídica à realidade social.

Por se verificar a tendência dos tribunais superiores em julgarem, no âmbito dos recursos, temas de caráter eminentemente processual, entende-se que - para se conferir mais agilidade aos julgamentos das ações, economia processual e maior importância ao direito material - tais questões devem ser tratadas por meio de súmulas vinculantes ou/e súmulas impeditivas de recursos, entre outros mecanismos presentes no *novo* processo civil brasileiro. Além da criação de procedimento de triagem ou controle, a fim de que se resolvam questões processuais na primeira instância, de modo que não haja a possibilidade de reexame futuro, num sistema marcado pelo exercício do direito ao contraditório.

Por fim, a tarefa de se conferir eficácia ou efetividade às normas ambientais não se restringe apenas ao Poder Judiciário, mas os profissionais que trabalham no âmbito deste têm o dever e a obrigação de realizar aquele direito fundamental, além da responsabilidade de, com isso, orientar os demais cidadãos.

## RÉSUMÉ

L'objectif de cette Thèse c'est l'analyse des facteurs qui influencent la réalisation du droit à l'environnement écologiquement équilibré, prévu dans le *caput* de l'article 225, de la Constitution de la République, afin qu'il se développe et il s'incorpore culturellement des valeurs et des principes éthiques et fondamentaux pour l'existence digne des citoyens. Dans ces termes, se sont présentés quelques obstacles à être transposés, et encore suggestions pour que les normes de Droit environnemental soient efficacement appliquées en fait, comme un moyen de se assurer le développement durable pour les générations présentes et futures.

En partant de contexte de société actuel, post-moderne, globalisée - et aussi caractérisée comme une société de risque - il se propose le développement de modèle de État de Droit Environnemental, viabilisé par quelques principes structurantes, afin que la société adopte de nouvelles directrices qui promeuvent majeure sécurité dans le domaine social, outre la confrontation de la profonde crise d'ordre éthique présent dans les institutions d'une manière générale. S'est élue la théorie systémique comme détentrice des instruments nécessaires pour ait une vision des actuels problèmes sous un aspect global et interdisciplinaire, où l'ordre juridique représenterait un système dynamique, incomplet, modifiable, ordonné, axiologique et théologique. En se concluant que, à partir de lui, doit être promue la recherche de valeurs fondamentales basées sur le principe de la dignité de la personne humaine.

Le droit fondamental à l'environnement a sa dignité basée dans le droit à la vie. Néanmoins, sa réalisation implique - outre les éléments juridiques - des facteurs politiques, culturels, économiques entre autres. Ceux-ci doivent être pris dans considération quand de l'établissement de politiques publiques, législatives, d'exercice de la citoyenneté etc. L'efficacité de ce droit doit être comprise dans un contexte de crise du système juridique brésilien, se en soulever des questions comme le retard dans le jugement des procédures, l'accès à la justice, le contrôle de la magistrature, entre autres sujets de prééminence. À partir de cette analyse, il s'indique quelques solutions pratiques comme l'idée des organes spécialisés; et solutions théoriques offertes, *v.g.*, par la théorie garantista; outre la nécessité d'un changement dans la culture herméneutique brésilienne, en se conférant relief à des valeurs et principes avec l'intention s'approcher des *praxis* juridiques à la réalité sociale.

À cause de la tendance des tribunaux supérieurs à juger, dans le domaines des recours, des thèmes de caractère éminemment processif, se comprend que - pour se conférer plus agilité aux jugements des actions, économie processive et majeure importance au droit matériel - telles questions doivent être traitées au moyen des précédents obligatoires ou/et des précédents empêchants des recours, entre autres mécanismes présents dans la nouvelle procédure civile brésilienne. Outre la création de procédure de triage ou contrôle, afin que se décident des questions processives en première instance, de manière qu'il n'y ait pas la possibilité de réexamen futur, dans un système marqué par l'exercice du droit au contradictoire.

Finalement, la tâche se conférer de l'efficacité ou de l'effectivité aux normes environnementales ne se restreint pas seulement le Pouvoir Judiciaire, mais les professionnels qui travaillent dans le contexte de celui-ci ont le devoir et l'obligation de réaliser ce droit fondamental, outre la responsabilité de, avec cela, guider les autres citoyens.

## ABSTRACT

The objective of this thesis is the analysis of the factors that influence the accomplishment of the right to an ecologically balanced environment, foreseen in the *caput* of art. 225, on the Brazilian Federal Constitution, in order to develop and culturally incorporate values, ethical and fundamentals principals for dignified existence of the citizens. In these terms, some obstacles have been presented to be traversed, and still suggestions so that the norms of Environmental law effectively are applied in reality, in order to guarantee the sustainability of the currents and futures generations.

From the context of current, after modern, globalized society – and also characterized as a risk society – the development of Environmental Law State model is proposed, which is made possible by some structuring principles, with the purpose that the society assumes *new* directives that promote greater security in the social scope, beyond the confrontation of the deep crisis of the ethical order which is generally presented in the institutions in a general way. Systemic theory has been chosen as detainer of the necessities instruments to obtain an understand of the current problems under a global and interdisciplinary aspect, where the legal order would represent a dynamic system, incomplete, modifiable, orderly, axiological and teleological. Concluding that, from it, the search of fundamental values based in the principle of the dignity of the person human being must be promoted.

The basic right to the environment has its dignity based on the right to the life. However, its achievement involves - beyond the legal elements - politicians, cultural, economic factors among others. These must be taken in consideration when of the establishment of public, legislative politics, exercise of the citizenship etc. The effectiveness of that right must be understood in a context of crisis of the Brazilian legal system, arising questions as the slowness in the judgment of the processes, the access to justice, the control of the magistracy, among others prominence subjects. From this analysis, some practical solutions have been propose as the idea of the specialized court; and theoretical solutions offered by the guarantism theory; beyond the necessity of a change in the Brazilian hermeneutic culture, highlighting the values and principles with the intention of approaching the legal *praxis* to the social reality.

For verifying the superior courts trend in judging, in the scope of the appeals, subjects of eminently procedural character, understands that - to confer more agility to the judgments of the lawsuits, procedural economy and higher importance to the material right - such questions must be dealt with by means of binding decision or/and impeditive decision, among others resources mechanisms present in the new Brazilian civil suit. Besides the creation of selection procedure or control, in order to solve procedural issues in lower court, in way that does not have the possibility of future reexamination, in a system marked for the exercise of the right to contradictory.

Finally, the task of conferring efficacy or effectiveness to the environmental rules are not restricted only to the Judiciary Power, but the professionals who work in the scope of this have the duty and the obligation to carry through that basic right, beyond the responsibility of, with this, to guide the others citizens.

## LISTA DE SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

ADCT – Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias

AP – Ação Popular

CBPC - Código Brasileiro de Processos Coletivos

CC – Código Civil

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CE – Comunidade Européia

CEDAE - Companhia Estadual de Águas e Esgotos

CHESF - Companhia Hidro Elétrica do São Francisco

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNBS - Conselho Nacional de Biossegurança

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente

CP – Código Penal

CPCC - Código de Processo Civil Coletivo

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

DELEMAPH - Delegacias de Meio Ambiente e Patrimônio Histórico

DF – Distrito Federal

DMAPH - Divisão de Repressão a Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Histórico

ECIJ - Estatuto da Corte Internacional de Justiça

EIA - Estudo de Impacto Ambiental

ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

EPIA – Estudo Prévio de Impacto Ambiental

EUA - Estados Unidos da América

FATMA – Fundação do Meio Ambiente

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

ISO - International Organization for Standardization

LACP - Lei da Ação Civil Pública  
LDB – Lei De Diretrizes e Bases da Educação Nacional  
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil  
LOM - Lei Orgânica da Magistratura  
MEC - Ministério da Educação  
MP - Ministério Público  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
OGM - Organismos Geneticamente Modificados  
OIT – Organização Internacional do Trabalho  
OMC - Organização Mundial do Comércio  
ONGs - Organizações não Governamentais  
ONU – Organização das Nações Unidas  
OSCIPs - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público  
PAC - Programa de Aceleração do Crescimento  
PIB – Produto Interno Bruto  
PNEDH - Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos  
PNB - Política Nacional de Biossegurança  
PNMA - Política Nacional do Meio Ambiente  
PNRH - Política Nacional de Recursos Hídricos  
RENIMA - Rede Nacional de Informação sobre Meio Ambiente  
RIMA - Relatório de Impacto Ambiental  
RISTF – Regimento interno do Supremo Tribunal Federal  
SEDH - Secretaria Especial dos Direitos Humanos  
SEE - Secretaria Estadual de Educação  
SINIMA – Sistema Nacional de Informação sobre o Meio Ambiente  
SIRH - Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos  
SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente  
SME - Secretaria Municipal de Educação  
SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
STM – Superior Tribunal Militar  
TC – Tribunal de Contas  
TCFA - Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental  
TJ - Tribunal de Justiça



TRE – Tribunal Regional Eleitoral

TRF - Tribunal Regional Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1 A SOCIEDADE DE RISCO E AS PERSPECTIVAS DE UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL</b> .....	45
1.1 Sociedade de risco e pós-modernidade: Um diálogo permanente.....	45
1.2 Estado de Direito Ambiental: Uma perspectiva sistêmica.....	73
1.2.1 Princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental.....	93
1.2.1.1 Princípio da precaução.....	100
1.2.1.2 Princípio da responsabilização.....	110
1.2.1.2.1 Responsabilidade civil ambiental.....	111
1.2.1.2.2 Responsabilidade penal ambiental.....	120
1.2.1.2.3 Responsabilidade administrativa ambiental.....	128
1.2.1.2.4 O Princípio da responsabilização no Estado de Direito Ambiental.....	133
1.2.1.3 Princípio da cooperação.....	137
1.2.2 Cidadania ecológica ou ambiental: Uma abertura à pós-modernidade plural.....	140
1.2.2.1 Participação pública e meio ambiente.....	145
1.2.2.1.1 Iniciativa popular.....	146
1.2.2.1.2 Voto, plebiscito e referendo.....	147
1.2.2.1.3 Composição de órgãos colegiados com poderes normativos.....	147
1.2.2.1.4 Atuação direta na formulação e execução de políticas ambientais.....	148
1.2.2.1.5 Participação por meio do Poder Judiciário: Ação popular e Ação civil pública.....	150
1.2.2.1.6 Participação pela formação e integração em Organizações não Governamentais - ONGs.....	154
1.2.2.2 Informação ambiental.....	157
1.2.2.3 Considerações finais sobre a cidadania ecológica.....	163
<b>2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A SUA EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	167

2.1 Direitos humanos: Uma trajetória de conquistas e privilégios!.....	168
2.1.2 Os direitos humanos como direitos universais, interdependentes e indivisíveis: Um projeto pós-moderno.....	174
2.1.3 Aspectos destacados da classificação dos direitos humanos/fundamentais.....	179
2.2 A colisão de direitos em face da interdependência dos direitos fundamentais: Um desafio pós-moderno.....	194
2.3 Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	204
2.3.1 Notas exordiais.....	204
2.3.2 O reconhecimento da fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	207
2.3.3 O alcance da fundamentalidade do direito ao meio ambiente equilibrado no sistema constitucional brasileiro.....	212
2.4 Notas técnicas acerca da validade, vigência e eficácia das normas jurídicas.....	231
2.5 Fatores de eficácia normativa: Um problema sistêmico do mundo pós-moderno.....	237
<b>3 INSTRUMENTOS E FATORES RELEVANTES PARA A EFICÁCIA DAS NORMAS AMBIENTAIS.....</b>	<b>262</b>
3.1 O controle de constitucionalidade: Aspectos gerais.....	262
3.1.2 Ações ambientais no controle de constitucionalidade.....	265
3.1.2.1 Considerações preliminares.....	265
3.1.2.2 Mandado de injunção.....	269
3.1.2.3 Ação de inconstitucionalidade por omissão.....	275
3.1.2.4 Ação direta de inconstitucionalidade genérica.....	278
3.1.2.5 Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	281
3.1.2.6 Mandado de segurança coletivo.....	284
3.1.2.7 Considerações finais relativas ao controle de constitucionalidade para a defesa do meio ambiente.....	290
3.2 A questão da competência ambiental no ordenamento jurídico brasileiro.....	292
3.2.1 A repartição de competências.....	292
3.2.2 Competência ambiental.....	294
3.2.2.1 Competência legislativa ambiental: Breves considerações.....	294
3.2.2.2 Competência material ambiental: Aspectos relevantes e polêmicos.....	306
3.2.2.3 Competência ambiental: outras questões controvertidas.....	316
3.2.2.4 Observações finais sobre a cooperação e o conflito entre as pessoas políticas.....	318
3.3 Questões sobre legitimação processual em demandas ambientais.....	324
3.3.1 Legitimidade na Ação popular: O acesso à justiça ao estrangeiro.....	325

3.3.2	Legitimidade na Ação civil pública: Aspectos relevantes.....	326
3.3.3	Legitimidade passiva: Um elemento para a eficácia do princípio da responsabilização.....	336
3.4	O processo coletivo em favor da eficácia do direito ao meio ambiente.....	339
3.4.1	A tutela coletiva de urgência como um importante fator para a eficácia das normas ambientais.....	350
3.4.2	Tutelas coletivas: As medidas cautelares.....	354
3.4.3	Tutelas coletivas: A tutela antecipatória.....	358
3.4.4	Medidas liminares.....	363
 <b>4 A EFICÁCIA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO BRASIL.....</b>		<b>368</b>
4.1	Poder Judiciário: Crise no sistema jurídico brasileiro?.....	368
4.2	A Pesquisa Jurisprudencial.....	371
4.3	O delineamento da crise.....	375
4.3.1	A questão do acesso à justiça ambiental.....	392
4.4	Alternativas para a crise do Judiciário brasileiro.....	400
4.5	A ótica garantista: Aspectos relevantes.....	413
4.6	A necessidade de novos parâmetros hermenêuticos.....	423
4.6.1	Generalidades.....	423
4.6.2	Os princípios na interpretação jurídica.....	432
4.6.3	A hermenêutica na atividade judicante.....	436
4.6.4	Considerações sobre hermenêutica constitucional.....	448
4.7	A súmula vinculante e a questão da eficácia das normas ambientais.....	453
 <b>CONCLUSÃO.....</b>		<b>480</b>
 <b>REFERÊNCIAS.....</b>		<b>497</b>

## INTRODUÇÃO

As questões relativas ao meio ambiente se evidenciam cada vez mais no âmbito jurídico - e demais setores sociais - em razão, sobretudo, da magnitude das catástrofes ambientais que assolam o mundo nos últimos tempos. O desequilíbrio ecológico normalmente é atribuído ao desenvolvimento da sociedade capitalista, e ao fenômeno da globalização, imputando-se a estes dois fatos o aumento das degradações e da produção de riscos provenientes destas.

Alguns fatores são apontados especificamente como os grandes responsáveis pela proliferação de riscos, e entre eles estão a produção em massa, e o incentivo ao consumo desenfreado e desnecessário, característicos da sociedade pós-moderna. Hoje, para alguns teóricos, vive-se numa sociedade denominada de *sociedade de risco*. Entre as características desta sociedade está a impossibilidade de previsão dos riscos, a sua difícil delimitação, e a extensão dos seus efeitos a toda a coletividade. Esta sociedade é marcada pela incerteza contida no conhecimento técnico; e pelo fato das pessoas se exporem ao risco de maneira consciente/inconsciente, como resultado de uma *modernização da modernização* ocorrida na contemporaneidade da mundialização da economia ocidental.

Na sociedade de risco, os *perigos* representam as circunstâncias fáticas que sempre ameaçaram a sociedade; enquanto que os *riscos* são considerados aqueles criados artificialmente pelo homem, ou seja: são conseqüências da escolha do seu estilo de vida ou - numa outra perspectiva - representam o resultado da opção do tipo de desenvolvimento que cada sociedade persegue. Nesse contexto, a falta de informação que esclareça a necessidade do afastamento dos riscos é uma realidade, já que estes permanecem invisíveis, chegando raramente ao conhecimento público, representando o lado obscuro do desenvolvimento.

Em razão da importância das questões ecológicas na atualidade, e da urgência na realização do *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, o objetivo desta Tese de Doutorado é estudar o grau de eficácia (social)<sup>1</sup> deste direito, considerado como um direito fundamental no âmbito da jurisdição brasileira. Este trabalho foi desenvolvido considerando-se as fontes doutrinárias e jurisprudenciais, relacionando-se vários temas reputados relevantes, para, ao final, se apontar alguns problemas e soluções no que concerne à eficácia do direito em questão.

---

<sup>1</sup> Neste trabalho, o termo *eficácia* significa a realização de um direito no plano dos fatos, ou a sua efetividade.

Este estudo segue uma tendência baseada em dados sociológicos e jurisprudenciais, que se preocupa com a interação do sistema jurídico com os demais âmbitos da sociedade, focalizando-se sempre o propósito de se encontrar um caminho para a garantia - da forma mais eficaz possível - de um meio ambiente salutar, em resposta a *antigos* valores jurídicos tradicionais como, por exemplo, o excesso de formalismo, a burocracia, bem como a prevalência da proteção à propriedade privada em detrimento do interesse público.

Assim, na seção 1 desta Tese, cujo título é *A Sociedade de risco e as perspectivas de um Estado de Direito Ambiental*, parte-se da idéia de que se vivencia uma crise ecológica, numa sociedade pós-moderna, também evidenciada como uma *sociedade de risco*. Observa-se que os riscos e perigos requerem medidas ou ações urgentes, de caráter preventivo e repressivo, e que a sociedade deve assumir *novos* contornos ou diretrizes a fim de se maximizar a segurança no âmbito social.

Esclarece-se que a sociedade contemporânea é caracterizada pelos estudiosos sob vários aspectos, onde se procura conferir uma definição que abarque os variados níveis sociais, de modo a descrevê-la ou desvendá-la. Portanto, as definições *pós-modernidade* e *sociedade de risco* representam exemplos de descrições do modelo societário atual. Essas duas denominações contêm temas que mais se complementam do que se excluem. Isto porque, apesar de algumas ressalvas teóricas, a sociedade pós-moderna convive com riscos cujas proporções de realização de catástrofes - sobretudo as de caráter ecológico provenientes das ações humanas - não têm precedentes na história da Humanidade.

Por isso, entende-se que os assuntos que envolvem a sociedade de risco e a pós-modernidade estabelecem um diálogo permanente entre os seus elementos, misturando resultados ou conseqüências da modernidade, com os riscos criados e vivenciados no âmbito da pós-modernidade. E a essência do atual modelo societário - que reúne as características dos dois modelos anteriormente citados - é, de um lado, a necessidade de contenção dos riscos, sejam eles de caráter ambiental, relacionados à segurança pública etc.; e, de outro, a questão da continuidade do desenvolvimento, este especialmente compreendido no seu aspecto econômico.

Normalmente, a pós-modernidade é caracterizada como uma sociedade plural, individualista e que reforça os espaços privados em detrimento dos espaços públicos. Nela, proclama-se a hipertrofia do Estado e o reforço da idéia de sua incompetência, em defesa das liberdades benéficas ao setor privado, numa ideologia de negação do papel do espaço público, e de infalibilidade do mercado - tendo-se como bases ideológicas o individualismo e neoliberalismo.

Os males da pós-modernidade são apontados como o resultado do desvirtuamento de alguns preceitos criados na modernidade como, *v.g.*, a defesa de valores como a igualdade e a liberdade, que, de fato, terminaram por servir às relações comerciais da classe burguesa, afirmando-a como uma nova classe econômica. Hoje aquele modelo é visto como uma *modernidade não cumprida*, já que não houve a realização global da igualdade, além de se ter verificado a falibilidade e a insegurança que a *ciência* pode representar.

Atualmente, o mundo pós-moderno apresenta-se globalizado e neoliberal, adepto do *paradigma tecnológico*, que define os novos padrões de competitividade entre os países. É também um mundo onde o *consumo* (desenfreado, e reservado a determinadas camadas sociais) representa elemento de destaque na estrutura social. Este fato se contrapõe à tentativa de realização do chamado desenvolvimento sustentável, já que o aumento do consumo, por si só, é visto de forma positiva especialmente no âmbito do desenvolvimento *econômico*.

Assim, questiona-se se se deve buscar o atendimento das *necessidades* contextualizadas na idéia de sustentabilidade ecológica (procurando-se a satisfação de funções básicas de cada indivíduo), resgatando-se, dessa forma, uma ética ambiental tão necessária e urgente – ou deve-se continuar satisfazendo àquelas criadas pela propaganda, pela mídia que, fatalmente, leva ao consumo excessivo de bens.

Outro ponto importante que se analisará no trabalho, é o papel das denominadas *empresas transnacionais*, que promovem, sobretudo nos países em desenvolvimento, além da degradação, também, a segregação e a desigualdade, em troca, muitas vezes, de alguns postos de trabalho. E, sobre esse assunto, destaca-se que no âmbito interno dos países, um dos fatos que mais se destaca é o poder desigual dos atores globais *versus* atores nacionais.

Nesse contexto, discute-se se a pós-modernidade, nos moldes atuais comportaria a preservação ambiental; e se o Direito estaria apto a resolver as eventuais dificuldades trazidas à consecução deste objetivo. Um dos problemas reside no fato de que o Estado vem substituindo suas preocupações coletivas pela defesa de prerrogativas individuais, comprometendo seriamente o estabelecimento da igualdade substancial entre os indivíduos; num cenário onde as transnacionais põem em xeque a função social estatal, por meio da instituição de uma responsabilização mínima, seguindo-se as diretrizes neoliberais.

O fato é que o modelo econômico neoliberal, globalizado, ainda não apresentou uma solução real para os problemas básicos da Humanidade, principalmente para aqueles relativos ao âmbito social e ecológico. Nestes termos, segue-se com instituições de caráter global, com incríveis promessas de desenvolvimento econômico para todos os países, combinado com o compromisso da sustentabilidade ecológica. Por outro lado, a realidade

desmistifica o discurso, com dados estatísticos comprovando o constante agravamento da crise ambiental e dos problemas sociais nas periferias do Mundo.

Tendo-se em vista esse *impasse pós-moderno*, procurar-se-á, na seção 1 desta Tese, destacar alguns *instrumentos* que serviriam para a solução de tais problemas. Assim, conferir-se-á especial atenção à questão da responsabilização dos agentes causadores de danos ambientais, a fim de que se imponha um limite *razoável* à degradação. Discutir-se-á, neste ponto, inclusive a idéia de uma estrutura estatal que legitime as ações que definam uma nova postura a respeito do meio ambiente; e não só com relação a este, mas também no que tange a outras questões como, *v.g.*, a desigualdade social, que representa um dos principais infortúnios existentes na sociedade, e que não pode ser negligenciada.

Em razão da necessidade de uma nova estrutura ou postura do Estado, tratar-se-á, na seção 1, da *proposta de um modelo de Estado de Direito Ambiental*, já que o atual Estado democrático de Direito apresenta sérias dificuldades em gerir problemas de caráter sócio-ambientais, além de apresentar profunda crise de ordem ética nas instituições de um modo geral. Assim, analisar-se-á aquele modelo de Estado sob uma perspectiva sistêmica, pois se entende que esta poderá conferir os instrumentos necessários para que se tenha uma visão dos atuais problemas sob um aspecto global e transdisciplinar.

O desenvolvimento da teoria dos sistemas teve início na década de 20, com os estudos do biólogo alemão Ludwig Von Bertalanffy, num trabalho que envolvia elementos peculiares como a idéia de *organização, entradas, saídas, realimentação* etc., - em oposição aos fundamentos mecanicistas, e com o propósito de formulação de uma teoria geral que oferecesse um arcabouço conceitual para unificar várias disciplinas científicas, até então isoladas e fragmentadas.

Outro autor que se destacou no âmbito dos estudos da teoria sistêmica foi Niklas Luhmann, que procurou, por meio da sua teoria dos sistemas auto-referentes e autopoieticos, romper com as tradicionais teorias como o jusnaturalismo, o positivismo, entre outras; já que, para ele, tais teorias não eram suficientemente complexas, sendo incapazes de explicar, a unidade do sistema jurídico; a variabilidade das normas; a normatividade jurídica; bem como a relação entre Direito e sociedade.

Segundo Luhmann, sistemas auto-referentes seriam sistemas com a capacidade de estabelecer relações consigo mesmo, e de diferenciar estas relações das relações com o seu entorno. O autor adota o conceito de sistema fechado-auto-referente, mas entende que este não impede a abertura ao entorno, já que o fechamento de modo operativo auto-referente representaria um alargamento dos possíveis contatos com o mesmo.



Claus-Wilhelm Canaris, por seu turno, atribui a todas as definições de *sistemas* as características de ordenação e unidade. Estas manteriam estreita relação de intercâmbio, permanecendo, contudo, separadas. A *ordenação* representaria um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, fundado na realidade. Já a *unidade* teria o objetivo de manter a ordenação, impedindo-se a dispersão de singularidades desconexas, reduzindo-as em alguns princípios fundamentais. O autor defende a *abertura* como incompletude do conhecimento científico, o que contribuiria para a modificabilidade da própria ordem jurídica. Tal abertura resultaria dos condicionamentos básicos do trabalho científico que produziria projetos provisórios, enquanto no âmbito questionado ainda fosse possível um progresso. Neste caso, o sistema jurídico partilharia esta abertura com os sistemas de todas as outras disciplinas.

De outro vértice, Celso Fernandes Campilongo considera os sistemas sociais das sociedades modernas como funcionalmente diferenciados em diversos sistemas parciais. Cada sistema parcial possuiria seu próprio código (comunicativo), suas operações específicas de reprodução. Para o autor, o sistema jurídico seria operativamente fechado e cognitivamente aberto, onde o fechamento operativo dos sistemas não significa ignorância ao ambiente.

Assim, tendo-se em vista os aspectos destacados do pensamento desses entre outros autores que tratam da teoria dos sistemas, questiona-se acerca do que esta teoria, de uma forma geral, poderia contribuir para o entendimento e realização de um modelo de Estado que tenha como principais objetivos a consecução dos direitos fundamentais e, mais especificamente, a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cientistas e estudiosos vêm utilizando aquela teoria para a explicação e estudo de fatos que ocorrem no universo, pensando em termos de *conexidade*, de *relações* e de *contexto*. Assim, o direito ao meio ambiente equilibrado, como um direito humano/fundamental, poderá ser entendido naqueles termos, já que a questão da *eficácia* do direito aludido envolve as diversas esferas da sociedade, quais sejam: política, social, ambiental e econômica, que se relacionam mutuamente; e, por isso, os diversos aspectos devem ser analisados de forma a se obter uma maior compreensão, e propostas de soluções para os eventuais problemas.

Na sociedade contemporânea, pós-moderna, normalmente a economia apresenta primazia quando confrontada por *obstáculos* relativos a princípios de ordem ecológica. O descaso com o direito ao meio ambiente - que possui íntimas relações ou interconexões com o direito à vida - faz com que o próprio meio e a saúde das populações sejam colocadas em sério risco. Este risco antecipa ou alerta para um mal maior, que é a insustentabilidade ecológica e a conseqüente diminuição da qualidade de vida e, por fim, a impossibilidade de sobrevivência em determinadas regiões do Planeta.

O Estado de Direito do Ambiente faz parte de uma idéia ainda em construção, que une as características do atual Estado Democrático de Direito, porém voltado fortemente para alguns aspectos como: cidadania ambiental, princípios relacionados à proteção do meio ambiente, entre outros considerados de suma relevância para a democracia, e para o desenvolvimento da sociedade com base na sustentabilidade ecológica. Destaque-se que aquele modelo é proposto em razão da insuficiência, ou falência do atual modelo de Estado, especialmente quanto aos aspectos ambientais, mas não exclusivamente estes.

O seu alicerce seria a própria dignidade da pessoa humana, e a proteção da natureza que a envolve, numa proposta de realização da solidariedade econômica e social, a fim de que se atinja a sustentabilidade no processo de desenvolvimento; prezando-se pela igualdade substancial entre os cidadãos, e pela utilização racional dos recursos naturais. Neste caso, o Direito teria a finalidade precípua de controlar as atividades do Estado e da sociedade, com o propósito de assegurar a realização desses objetivos.

Destarte, na seção 1 desta Tese, tratar-se-á de alguns *princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental*, quais sejam: princípio da precaução; princípio da responsabilização e princípio da cooperação. Além da questão da cidadania ecológica ou ambiental; a participação pública e o meio ambiente; e o tema *informação ambiental*. No que afeta aos referidos princípios, destaca-se que na teoria sistêmica (Canaris) a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir dos mais elevados *valores* do Direito, que deverão ser buscados através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, evitando-se uma multiplicidade de normas singulares desconexas, que facilmente entrariam em contradição no sistema.

Explique-se que, aqui, os princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental representariam esses valores fundamentais, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, propor-se-á a utilização de tais princípios como referenciais na interpretação das normas jurídicas, e ainda na integração de possíveis lacunas do ordenamento jurídico; os considerando como princípios indicativos das idéias básicas de toda a ordem constitucional.

Outro tema importante, que se tratará na seção 1, é a *cidadania ecológica*. Esta se caracteriza como uma cidadania mais abrangente, que vai além de dado território ou determinado povo, e que pode ser exercida de forma individual ou coletiva. Esta cidadania se faz necessária em razão de que o atual modelo de Estado está alicerçado numa democracia formal e restritiva, que limita as condições de participação, como por exemplo se dá nos casos

de problemas de legitimação nas questões processuais, ou nos casos de participação em procedimentos administrativos no âmbito ambiental.

Questiona-se, dessa forma, a necessidade/possibilidade de evolução da cidadania formal, para uma cidadania participativa e, por fim, o estabelecimento de uma cidadania ecológica ou ambiental, com o propósito de se construir uma sociedade mais democrática, onde os seus componentes (humanos) prezem por um meio ambiente salutar, e que proporcione maior qualidade de vida para a os indivíduos da comunidade, seus filhos, netos, e assim sucessivamente com o aparecimento de novas gerações. Nesta hipótese, a cidadania ecológica representaria uma abertura a uma pós-modernidade plural, ou seja, uma abertura aos novos elementos que acompanham os novos direitos, e que precisam ser incorporados de modo a viabilizar o sistema democrático de maneira substancial.

A cidadania ecológica comporta um sistema de direitos e deveres ambientais relativos aos cidadãos e à coletividade. Nesse processo deverá se levar em conta a *participação pública*, mediante instrumentos como, v.g., a iniciativa popular; o voto, o plebiscito e o referendo; a presença de cidadãos comuns na composição de órgãos colegiados com poderes normativos; a atuação direta da população na formulação e execução de políticas ambientais; a participação, por meio do Poder Judiciário, mediante propositura de Ação popular e Ação civil pública; e, ainda, a participação na formação e integração de Organizações não Governamentais – ONGs.

No processo de formação do Estado de Direito Ambiental ainda deve ser viabilizada a *informação ambiental*, o que complementa a questão da cidadania, já que para o exercício desta o cidadão necessita estar bem informado, com dados recentes e atualizados sobre assuntos relativos ao meio ambiente, mediante fácil acesso e de baixo custo ou gratuitamente. O direito àquele tipo de informação está previsto em vários instrumentos nacionais e internacionais; destacando-se que o sistema de informação instituído pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, vem se desenvolvendo e buscando adaptações e complementações necessárias a uma boa gestão ambiental, baseada num eficiente fluxo de informação, que inclui cadastros em vários níveis, além de sistemas de armazenamento e trocas de informações setoriais.

No entanto, discute-se o fato de que - não obstante o direito à informação e à publicidade ser assegurado em vários instrumentos legislativos – ainda há o desrespeito ao princípio da publicidade, a ocultação das informações sobre o estado dos recursos naturais e outras informações públicas, fatos estes que contribuiriam para a ineficácia das normas

relativas ao meio ambiente. Daí a necessidade de utilização, em último caso, dos meios jurídicos pertinentes para se fazer valer aquele direito.

Na seção 2 deste trabalho, tratar-se-á do tema *Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro*. Nesta oportunidade, cuidar-se-á da questão da *eficácia* do direito fundamental ao meio ambiente, previsto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil; e que, caso seja atribuída suficiente carga eficaz, ou plena efetividade, o dispositivo será perfeitamente compatível com as regras de um Estado de Direito Ambiental.

Nessa seção serão passadas algumas noções gerais acerca dos direitos humanos, sua evolução, classificação, entre outras informações de destaque, que melhor elucidem a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E, partindo-se do pressuposto de que a definição daqueles direitos se dá com as necessidades humanas provenientes de transformações históricas, hoje este direito pode ser reconhecido como um direito humano/fundamental.<sup>2</sup>

Assim, discutir-se-á a questão dos direitos humanos, especialmente o fato de que se privilegia, na prática, a realização de tais direitos apenas em determinados países, geralmente desenvolvidos; e com relação a determinados grupos no interior dos países em desenvolvimento - contrariando o que é proclamado na Declaração Universal, de que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”

Embora se tenha firmado vários instrumentos nacionais e internacionais para a defesa dos direitos humanos/fundamentais, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 - o que certamente representa um grande passo para a defesa desses direitos - não se deve pensar que por esse motivo a sua tutela está garantida. Atualmente, a grande questão que envolve tais direitos não é necessariamente o seu estabelecimento em legislações ou declarações, mas a sua realização no plano dos fatos, ou os seus resultados práticos.

Ver-se-á, ainda, a pretensão (ou o propósito), na sociedade pós-moderna, da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. Questiona-se, por exemplo, a universalidade de alguns direitos ou normas, já que diante de uma realidade mundial tão diversa, que comporta culturas tão peculiares e específicas, ocorrem dificuldades

---

<sup>2</sup> Esclarece-se que, no âmbito deste trabalho, a expressão *direitos humanos* diz respeito a essa categoria de direito estabelecida em pactos internacionais; e a expressão *direitos fundamentais* refere-se aos direitos humanos consagrados no âmbito interno.

para a aceitação jurídica, e até mesmo moral ou cultural, das declarações ditas ou pretendidas universais.

Outro assunto que se tratará na seção 2 desta Tese refere-se a alguns aspectos destacados da *classificação dos direitos humanos/fundamentais*. Nesta oportunidade, ver-se-á a classificação histórica da evolução dos direitos humanos, que está presente na linguagem da Organização das Nações Unidas, e que trata das gerações (ou dimensões) de direitos. Esclarece-se que estas representariam grupos de direitos que são classificados de acordo com a seqüência de conquistas auferidas no âmbito jurídico, realizadas a partir da modernidade. Neste ponto, aduz-se, por exemplo, o fato desta classificação não reconhecer a indivisibilidade da dignidade humana; e também, por isso, considera-se discutível a validade dogmática desta teoria, em razão dela ignorar a estrutura característica de cada direito, utilizando apenas o momento histórico como fator exclusivo de classificação dos direitos humanos/fundamentais.

Outra proposta de classificação dos direitos fundamentais, elaborada por Robert Alexy, leva em conta o *conteúdo* do direito para a determinação dos tipos de normas existentes nos ordenamentos. Assim, de acordo com a teoria em questão, os direitos fundamentais são divididos em dois grupos: 1) os direitos de defesa; e 2) os direitos prestacionais em sentido amplo. Estes se dividem em: a) direito à proteção; b) direitos à organização e procedimento; e c) direitos à prestação em sentido estrito.

Com relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a doutrina possui opiniões divergentes acerca da sua classificação. Assim, esse direito por vezes é classificado como uma combinação de direitos de defesa e direitos a prestações, com aplicabilidade imediata; outras vezes é visto apenas como um direito fundamental a prestações, com a ressalva de que este seria vinculante, já que as normas do art. 225 da Carta Magna vinculariam os Poderes da União, como qualquer outra norma constitucional, e, neste caso seria discutível apenas a medida desta vinculação; e, ainda, há quem o veja como um direito fundamental como um todo, pois operaria como um direito de defesa e um direito a prestações, se realizando de formas diversas etc.

Todavia, o que importa nessa discussão são as resistências em se admitir a fundamentalidade daquele direito, isto em razão, sobretudo, de motivos econômicos ou inviabilidade financeira, ou ainda pela sua inexequibilidade, o que resultaria numa consequência dos dois primeiros motivos. Contudo, estudar o direito ao meio ambiente equilibrado reconhecendo-o como um direito humano, bem como evidenciar os aspectos de sua eficácia e aplicabilidade, terá o mérito de desenvolver um assunto ainda pouco explorado

a despeito da sua relevância. O estudo do tema proposto representa uma discussão acadêmica que poderá trazer benefícios para aqueles que tratam de questões relativas ao meio ambiente e que, por sua vez, necessitam de bases sólidas - envolvendo dados jurisprudenciais e doutrinários que demonstrem o comportamento dos juristas em face dos casos concretos - para que se possa aspirar uma atuação mais eficaz na área ambiental.

De outro vértice, a questão da aplicabilidade dos direitos humanos ou fundamentais leva naturalmente ao problema da hierarquização de direitos, fenômeno que ocorre quando se privilegia um direito em detrimento de outro. E isso sucede em razão de que as relações pessoais representam relações de poder; e, neste âmbito, há o perigo de justamente aqueles que necessitam de ver seus direitos tutelados, serem preteridos em detrimento de outros indivíduos que - normalmente por motivos de ordem econômica ou financeira - têm melhores condições de fazer valer as suas pretensões.

Neste ponto é que se tratará do problema da *colisão de direitos*, e da questão da *interdependência dos direitos fundamentais como um projeto da pós-modernidade*. Assim, questiona-se como se poderia conciliar a inevitável colisão de direitos no plano factual, com a tão proclamada interdependência entre os mesmos. As declarações de direitos, v.g., representam um conjunto de princípios que podem se tornar incompatíveis, no sentido de que o cumprimento de um direito pode inviabilizar a realização de outro estabelecido no mesmo nível de proteção; e o direito ao meio ambiente equilibrado poderia ser facilmente ameaçado pelas liberdades e garantias atribuídas ao indivíduo. Neste caso, não raro o Estado privilegia a iniciativa privada (liberdades individuais), em detrimento do interesse público.

Com relação ao tema *colisão de direitos* ver-se-á ainda a técnica de *ponderação* para a solução dos conflitos entre princípios. Esta técnica e a aplicação do princípio da proporcionalidade envolvem uma relação entre conteúdos de vários direitos como, por exemplo, do direito fundamental ao ambiente, dos direitos à liberdade, igualdade e do livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, há sempre a possibilidade de desequilíbrio nas relações entre os agentes (pessoas físicas e jurídicas) na sociedade pós-moderna; por esse motivo a ponderação assume relevante papel no propósito de - entre pessoas com diferentes níveis de poder (*lato sensu*) - proporcionalizar, com razoabilidade, todos os elementos apresentados e particularizados em cada caso concreto.

Com relação à *fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, vale dizer que, atualmente, vários instrumentos internacionais cuidam de questões ambientais, com a finalidade de se garantir a promoção daquele direito, além de estabelecerem incisivo enfoque na sustentabilidade do desenvolvimento. Nestes termos,

considera-se que o direito em questão representa um aspecto ou projeção do direito à vida; e que o seu reconhecimento jurídico é o resultado das mudanças e das *novas* necessidades humanas que surgiram historicamente. Mas, nesse caso, talvez um dos maiores problemas seja o fato daquele direito ser objeto de poucos tratados e muitas declarações, já que, não obstante estas servirem (ou deveriam servir) de referência para as ações (governamentais ou não), elas não obrigam os Estados, não correspondendo, dessa forma, à urgência dos atuais problemas ecológicos.

Esclarece-se que o direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ainda não está acolhido, de forma expressa, nos tratados internacionais sobre direitos humanos, mas apenas em pactos regionais, e instrumentos internacionais sobre meio ambiente. A intenção de um reconhecimento internacional explícito daquele direito está proclamada na Declaração de Viscaia, que foi resultado de um Seminário Internacional sobre Direito Ambiental, realizado em Bilbao - Espanha em fevereiro de 1999, sobre os auspícios da UNESCO e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Todavia, no âmbito internacional, ainda persiste o problema de como responsabilizar um Estado frente a uma demanda particular ou coletiva com base em um dano ambiental. Teoricamente, a realização dos direitos humanos apresenta-se como objetivo de vários Estados que se comprometem, mediante assinatura de declarações e tratados, com a finalidade de estabelecer regras que estão vinculadas à dignidade da pessoa humana; mas a grande frustração se dá com relação à eficácia de tais direitos.

Seja no plano internacional ou no plano interno, o que se espera é que aqueles direitos saiam dos debates doutrinários a fim de fazerem-se valer no meio social, tornando-se, enfim, eficazes. Contudo, há quem, apesar de reconhecer o fundamento de tais direitos, preconize a sua inexecutabilidade. Não obstante este fato, considera-se o direito ao meio ambiente um direito humano fundamental, já que ele está estritamente ligado à proteção do direito à vida, ou, no mínimo, à qualidade de vida dos indivíduos.

Por esse motivo, na seção 2 deste trabalho, que cuida do *alcance da fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, ver-se-á que o art. 225, da Constituição Federal de 1988, representa uma norma de direito fundamental, que vincula juridicamente a atuação dos três Poderes, e faz parte do elenco dos direitos e garantias estabelecidos no art. 5º, da Carta Magna.

Um dos fatores que confere a fundamentalidade àquele direito refere-se ao conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, no sentido de que os direitos e garantias expressos na 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. O que confere a fundamentalidade formal aos direitos é a sua presença no catálogo dos direitos fundamentais do texto constitucional. E, aqui, vale esclarecer que estes também são considerados fundamentais em sentido material. Por seu turno, a fundamentalidade material é representada por direitos que - embora situados fora do catálogo - em razão da importância de seu conteúdo, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

Com relação à questão da incorporação de tratados em que República Federativa do Brasil seja parte, alguns autores entendem que, pela leitura sistemática dos §§ 1º e 2º do art. 5º, da Constituição Federal, os tratados de direitos humanos devem ser incorporados automaticamente (teoria monista), conferindo-se a eles o *status* de norma constitucional, sendo que os demais tratados deveriam seguir a tese dualista, necessitando, assim, de um decreto de promulgação para serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Defende-se até mesmo que o tratado que verse sobre direitos humanos deveria prevalecer sobre a norma constitucional, mesmo nas hipóteses em que uma norma constitucional posterior tente revogar a norma internacional constitucionalizada, no intuito de se aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. De outro vértice, há posições no sentido de não se admitir a prevalência dos tratados de direitos humanos contra o texto da Constituição ou contra os princípios que ela incorpora, considerando-se inconstitucional, portanto, o decreto legislativo que ratificar tratado internacional que afronte a Carta Magna.

Diante deste embate doutrinário, o legislador, por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004 – que acrescentou o § 3º ao art. 5º, da CF - estabeleceu que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Esta determinação equipara definitivamente os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, mas ainda existe o problema de como devem ser tratadas, ou qual seria o grau de hierarquia interna das normas de direitos fundamentais inseridas nos tratados ratificados pela República Federativa do Brasil, antes da promulgação da referida Emenda. Também aqui existem algumas possibilidades que serão vistas na seção 2 desta Tese.

Importante discussão acerca da aplicabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reside na dúvida se este direito representaria uma norma de *eficácia plena*, ou seja, que produziria todos os seus efeitos essenciais, ou teria a possibilidade



de produzi-los; ou uma norma de *eficácia contida*, que incidiria imediatamente e produziria, ou poderia produzir todos os efeitos pretendidos, mas que conteria meios ou conceitos que mantêm sua *eficácia contida* em certos limites, de acordo com as circunstâncias; ou seria uma norma de *eficácia limitada* ou *reduzida*, ou seja, aquela que, mesmo em vigor, não produziria todos os seus efeitos essenciais, já que caberia ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado estabelecer a normatividade necessária para tal propósito.

Diz-se, por exemplo, que aquele direito seria uma norma de cunho programático, ou seja, dependeria de norma regulamentadora, ou que apenas em razão do seu *conteúdo* ela se revelaria uma *norma-programa* ou simples *norma de legislação*. Neste caso, ressalta-se o grave problema de que, normalmente, as normas consideradas programáticas não são observadas com o devido rigor, sendo esta característica muitas vezes utilizada como pretexto para a inobservância das normas constitucionais, já que elas costumam vincular comportamentos públicos futuros, e demandam ação legislativa dos órgãos estatais e programas de ação que são descumpridos alegando-se, com frequência, a falta de recursos.

Destaque-se que o § 1º, do art. 5º, da Carta Magna determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” O dispositivo prevê aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais, sejam estes expressos no texto da Constituição ou provenientes de tratados. Aqui, o grande problema reside no fato de haver interpretações deste dispositivo no sentido de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais seriam aplicáveis até aonde possam, ou seja, até aonde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento.

Todavia, este entendimento traz sérios comprometimentos para o sistema de responsabilização instituído para a preservação do meio ambiente, já que a não implementação das políticas ambientais, ou o descumprimento deste tipo de norma, não acarretaria, necessariamente, a responsabilidade do Estado e dos indivíduos, pois a norma seria interpretada como dependente de condições extra-normativas para a sua efetiva realização.

No tópico que trata dos *fatores de eficácia normativa como um problema sistêmico do mundo pós-moderno*, cuidar-se-á da questão da eficácia social ou efetividade das normas relativas à proteção do meio ambiente; assim como de alguns fatores de cunho teórico-doutrinário, ou retirados da análise de casos práticos (jurisprudenciais) - que poderiam influenciá-la. A identificação desses fatores representa o primeiro passo para solução dos problemas que cercam o tema, com o propósito de se realizar uma mudança no percurso, sobretudo dos aplicadores do Direito.

Deste modo, normalmente aponta-se como causas da ineficácia das normas jurídicas a desatualização da lei, com normas que não mais se ajustariam à realidade atual; o misoneísmo, ou seja, a repulsa às inovações ou transformações do *status quo*; a falta de estrutura adequada à aplicação da norma, pela falta de meios materiais ou humanos para uma eficiente aplicação do Direito como, *v.g.*, a falta de fiscalização e respectiva falta de sanção mediante a transgressão da norma, resultando na impunidade, emitindo-se a mensagem para toda a coletividade de que a norma transgredida não acarreta conseqüências relevantes, em razão da ineficiência do sistema judiciário, administrativo e/ou policial.

Além do cumprimento das determinações estritamente jurídicas, são importantes para a consecução dos direitos, outros fatores que estão presentes no meio social como, por exemplo, fatores políticos, culturais e econômicos. Na sociedade contemporânea, normalmente a *economia* apresenta primazia em face de assuntos ambientais. Assim, há que se buscar um equilíbrio entre problemas ecológicos e questões de caráter econômico e, neste caso, a teoria sistêmica lança uma luz sob a observação da relação que o homem possui com outros homens e com o seu meio. A estrutura econômica representa um dos principais fatores que influencia qualquer ordenamento jurídico, interferindo na formação do sistema de propriedade, de produção, nas relações trabalhistas, entre outras, que, por sua vez, determinarão as condições de aplicação de determinadas normas estabelecidas nas leis.

A estrutura econômica brasileira das últimas décadas promoveu o aumento das desigualdades sociais, levando inevitavelmente à prosperidade de uns e à miséria de outros, pela simples falta de condições de desenvolvimento pessoal e/ou oportunidades. Isso porque a globalização econômica é considerada essencialmente desigual, e se desenvolve em benefício de poucos. Neste caso, questiona-se a melhor solução para este problema, sobretudo acerca da possibilidade de intervenção, em maior grau, dos Poderes Públicos na economia, com o propósito de se promover uma orientação da ordem econômica em favor da coletividade, direcionando-se o desenvolvimento à sustentabilidade ecológica.

De outro vértice, o *poder político* também produz significativas influências no sistema jurídico de dada sociedade. Este poder é que determina as políticas públicas sociais, que terão importante reflexo na consecução dos direitos fundamentais mais básicos, já que é no âmbito político que as estratégias de governo são decididas e executadas, apresentando-se como um centro de poder que precisa ter uma orientação em busca do *bem comum*, este consubstanciado no art. 3º, da Constituição Federal de 1988, que apresenta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O problema aqui reside na hipertrofia do Poder Executivo que ocorre no âmbito das instituições brasileiras, reconhecida como herança da ditadura militar, e que se apresenta como um entrave à eficácia das normas relativas ao meio ambiente por meio, *v.g.*, da edição infrene de Medidas Provisórias. Outro grande problema presente no âmbito da micro-política brasileira refere-se às doações ofertadas aos partidos políticos em épocas de campanhas, que terminam por influenciar profundamente os interesses das grandes empresas no Congresso Nacional, muitas vezes em detrimento dos interesses coletivos, e em prejuízo da sustentabilidade do desenvolvimento.

Ademais, no Brasil, a ação coletiva, ao contrário do que ocorre nos países constitucionalizados democraticamente, normalmente gera conseqüências negativas para o movimento que fracassa como, por exemplo, demissões, repressão e até mesmo assassinato; mencionando-se, ainda, que movimentos reivindicatórios da sociedade civil, como as greves, são apresentados pela mídia como atos subversivos, negativos, e não como movimentos para a realização ou conquista de direitos.

Outro elemento que também influencia na eficácia das normas jurídicas é o *fator cultural*. Isso porque o Direito é reflexo de mudanças na cultura de dada sociedade, e a evolução cultural representa um dos fatores do seu desenvolvimento. Neste caso, destaca-se o problema de que, no Brasil, a apropriação social do mundo material se dá a partir das estruturas desiguais de distribuição, acesso e controle dos recursos materiais, num processo desenvolvido historicamente, como fruto de uma imposição de um modelo cultural hegemônico. Mas, a cultura não é estática, e, por isso, pode ser paulatinamente orientada em diversos sentidos e assumir novos caracteres. Esse processo deverá contar com lutas ou pressões sociais para que se possa realizar uma mudança no paradigma que as pessoas detêm sobre as questões ou problemas ambientais; além da percepção da ligação destes com outros âmbitos da sociedade.

Tratar-se-á ainda, na seção 2, de outro fator importante: a *educação ambiental*. Neste caso, se considera a falta deste tipo de educação como um dos maiores obstáculos para a implementação da legislação ambiental brasileira. Mas, em razão da situação educacional dos cidadãos do País, questiona-se se as classes detentoras do poder político e econômico teriam algum interesse, ou vontade política, no sentido de promover uma conscientização ou educação da população em geral, seja em assuntos de caráter político-cultural, seja em temas relativos às questões ambientais.

Na seção 3 desta Tese, ver-se-á alguns *instrumentos e fatores fundamentais para a eficácia das normas ambientais*. Um desses instrumentos está representado pelo *controle de*

*constitucionalidade* e, dentro deste, estão as *ações ambientais* que os seus respectivos legitimados poderão lançar mão para defenderem o meio ambiente no âmbito constitucional. Tais ações são: o Mandado de injunção; a Ação de inconstitucionalidade por omissão; a Ação direta de inconstitucionalidade genérica; e o Mandado de segurança coletivo.

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos representa um mecanismo de defesa contra todo o ato estatal que ofenda ou contrarie a Lei Maior, com o propósito de declarar a nulidade, ou a ineficácia daquele ato. Nesses termos, a Constituição de 1988 prevê vários instrumentos (ações, recursos, mandados), que servem de meios para a efetiva aplicação dos direitos, ou seja, para a sua realização no plano dos fatos.

É justamente para garantir a eficácia de tais direitos, que a Carta Magna estabeleceu várias ações e instrumentos para a realização e agilização da prestação jurisdicional, a fim de se dar respostas céleres e efetivas para um problema hoje de caráter global, cujas previsões dos estudiosos do assunto não são, há tempos, nada animadoras. No entanto, o fato é que o sistema de controle de constitucionalidade, de maneira geral, apresenta sérias dificuldades no cumprimento do seu propósito, fato comum em diversas áreas do sistema jurídico brasileiro, isso em razão de deficiências inerentes ao próprio sistema como o excesso de formalismo, a morosidade em razão do acúmulo de processos, entre outros.

Fato recente que vem modificando as regras do controle de constitucionalidade no Brasil, diz respeito ao *recurso extraordinário*. Este representa a última etapa do controle difuso da constitucionalidade, realizado pelos juízes e tribunais do País. Neste recurso, o Supremo decide, em última instância, sobre uma questão constitucional apresentada, contra decisão de Tribunal, proferida em única ou última instância. Trata-se de controle incidental, por via de exceção, de caráter repressivo, cujo efeito da decisão é, em princípio, *inter partes* - já que o Senado deverá suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, nas hipóteses constitucionalmente previstas, conferindo-se à decisão do Supremo eficácia *erga omnes*.

No entanto, o controle difuso no Brasil está se objetivando, ou seja, o Direito, em determinadas ocasiões, está sendo discutido *em tese*, adquirindo, com isso, caracteres do controle concentrado. Exemplo disso é a previsão do art. 102, § 3º, da Constituição Federal que estabelece que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” Esse dispositivo foi incluído pela EC nº. 45, de 2004 e, nestes casos, a repercussão geral refere-se às questões constitucionais decididas *erga omnes*.

Fala-se hoje no fenômeno da *abstratização do controle difuso*. Isso porque o controle de constitucionalidade incidental adquiriu, em determinados casos, efeito vinculante, com decisões que vão além do caso concreto. A justificativa para estas transformações recentes seria a de que o Senado não poderia restringir ou ampliar a extensão dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso, a suspensão da execução da lei teria apenas o efeito de dar publicidade à decisão da Corte, cabendo a esta definir os efeitos da decisão.

No que afeta ao controle de constitucionalidade, as atuais mudanças promovidas mediante reforma legislativa, que vêm ocorrendo no Direito processual/constitucional brasileiro, estão longe de ser consideradas pontos pacíficos na doutrina, sobretudo no que tange à questão do princípio da separação dos Poderes da União, que, para muitos, é afetado negativamente com tais alterações; por outro lado, há quem entenda os atuais acontecimentos como um novo caminho para a produção de decisões mais céleres, isonômicas e efetivas no âmbito do Poder Judiciário.

Na seção 3 tratar-se-á ainda de alguns aspectos atinentes à *competência ambiental* no ordenamento jurídico brasileiro. Este tema é de grande importância já que, por meio de pesquisa jurisprudencial e doutrinária, verificou-se que são as questões relativas à competência uma das mais discutidas nos TRFs e Superior Tribunal de Justiça, ou seja, elas servem reiteradamente de motivo para a interposição de recursos naqueles tribunais.

Este fato contribui para o acúmulo de processos no Judiciário e, conseqüentemente, para a morosidade no julgamento destes, já que aquele Poder não apresenta estrutura (material ou humana) para decidir as demandas atuais de modo a se garantir o cumprimento do que preceitua o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Assim, discutir-se-á alguns pontos controvertidos no âmbito da competência ambiental; além de se apontar possíveis soluções para os problemas relacionados à questão. Tais fatores serão analisados nos seus aspectos mais relevantes para a temática desta Tese, com a finalidade de se esclarecer alguns pontos e ressaltar algumas idéias que possam contribuir para a plenitude eficaz das normas ambientais.

Cumprido desde já esclarecer que, em sentido estrito, competência é a faculdade de um órgão ou agente do Poder Público de proferir decisões no âmbito jurídico. Com relação à repartição de competências, esta deverá ser verificada por meio de interpretação sistemática das normas constitucionais. Além disso, na distribuição de competências entre os entes

federativos, para fins de proteção do meio ambiente, a Constituição estabelece as competências materiais ou administrativas, e competências do tipo legislativas.

As competências legislativas são as que atribuem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o poder de legislar e fiscalizar as atividades nela determinadas. As competências materiais ou administrativas são aquelas que autorizam o Poder Público a exercer determinadas atividades concretas, como, por exemplo, a gestão de certos recursos naturais. Este tipo de competência, em matéria de meio ambiente, confere à pessoa jurídica de direito público o poder de sancionar e fiscalizar este âmbito específico, no exercício do poder de polícia, bem como a função de estabelecer políticas públicas.

Ainda no âmbito da competência ambiental, alguns temas relevantes serão suscitados como, *v.g.*, as disputas entre os órgãos ambientais no País, no sentido de que vários atribuam a si mesmos a competência de determinada matéria - dependendo do interesse dos grupos ou classes que administram a *máquina pública* em dado momento; e, paradoxalmente, a existência do conflito negativo de competências, caso em que o órgão nega a sua competência, passando-a a outros, que por sua vez, também a negam.

O problema da simultaneidade de competências prejudica a implementação do controle ambiental, no sentido de que a competência de vários entes, pode ensejar a não responsabilização de nenhum deles para a proteção do meio ambiente. Ulrich Beck chama de *irresponsabilidade organizada* o fato que designa a atitude de entidades públicas e privadas, assim como a conduta dos cidadãos, que não se responsabilizam pelos atos atentatórios ao meio ambiente, a fim de que sempre *o outro* assuma a responsabilidade pela preservação e defesa ambiental. Todavia, a *competência comum* impõe a todos os entes federados o dever de proteger o meio ambiente, tanto no exercício de políticas públicas, quanto no dever de fiscalização, exercido mediante a execução do poder de polícia conferido à Administração Pública em todos os níveis.

Outro tema que é frequentemente abordado pela doutrina, e que obteve uma das maiores incidências na pesquisa realizada na jurisprudência – figurando, dessa forma, como um dos fatores que podem influenciar na eficácia das normas que cuidam do meio ambiente - é a *legitimação processual em demandas ambientais*. Este assunto possui estreita ligação com o acesso à justiça, e deve ser visto com maior seriedade pelos operadores jurídicos brasileiros, a fim de que pequenos entraves de ordem processual não dificultem o desenvolvimento de processos estabelecidos no âmbito do Poder Judiciário.

A legitimidade para agir é tema de grande importância no sistema de proteção ambiental. É ela que possibilita a pessoa a postular em juízo o ressarcimento do dano - ou

seja, fazer valer o que está determinado nas normas jurídicas relativas à defesa do meio ambiente - que, por sua vez, representa a defesa de *interesses metaindividuais*, ou interesses que ultrapassam da esfera de um indivíduo particularmente considerado, e dizem respeito a um grande número de pessoas.

No que concerne à legitimação processual em demandas ambientais, destaca-se a discussão em torno da Ação popular - para fins de anulação dos atos administrativos ilegais ou lesivos ao patrimônio público - hipótese em que *qualquer cidadão* poderá ajuizar esta ação visando a tutela do meio ambiente, onde a doutrina normalmente afirma que para se ingressar com a demanda, é necessária a prova da cidadania com a apresentação do título de eleitor.

Neste caso, questiona-se a possibilidade de extensão dessa legitimidade ao estrangeiro residente no País, com o fundamento de que a Ação popular objetivaria a proteção de um bem jurídico de dimensão coletiva ou difusa, com ressarcimento em favor da coletividade. Deste modo, haveria um direito subjetivo público e, por isso, também o estrangeiro aqui residente teria legitimidade para defender este direito fundamental - no que tange à tutela dos interesses difusos ambientais - já que o *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, como norma auto-aplicável, confere àquele a garantia do gozo dos direitos ali elencados.

Quanto à Lei da ação civil pública, esta estabelece que a ação principal, bem como a ação cautelar poderão ser propostas pelos seguintes legitimados: Ministério Público; Defensoria Pública; União, Estados, Distrito Federal e Municípios; autarquia, empresa pública, fundação, ou sociedade de economia mista; e associação que, simultaneamente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No que afeta à legitimação das associações na área ambiental, normalmente esta é vista como desconforme ao atual modelo de acesso à justiça. Estas são normalmente criticadas pela falta de iniciativa, preferindo, na maioria dos casos, a provocação do Ministério Público. Além disso, a propositura de ações para a defesa do meio ambiente estaria ligada a assuntos como informação, incentivo à participação pública, educação ambiental, ou seja, fatores que representam de maneira sistêmica a cidadania ecológica.

O *caput* do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil impõe o dever de proteção do meio ambiente ao Poder Público e à *coletividade*, e o conteúdo deste artigo produz influências diretas no sistema de legitimação processual. Posto isso, tais sistemas devem se conformar ao texto constitucional, que determina a legitimidade ativa para

a defesa do meio ambiente de forma clara e objetiva, sendo que aquele dispositivo denota uma determinação de proteção e de acesso integral a todos os potenciais titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na seção 3, desta Tese, ainda tratar-se-á do tema da *legitimidade passiva como um elemento para a eficácia do princípio da responsabilização*. De forma geral, na ocorrência de um dano ou ameaça de dano ambiental, poderá figurar no pólo passivo de uma ação promovida para a proteção do meio ambiente a pessoa física, jurídica, e a Administração Pública. Especificamente, a Lei da ação popular estabelece, em seu art. 6º, que a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. Já na Lei da ação civil pública não existe dispositivo que estabeleça as pessoas que figurarão no pólo passivo da ação. Neste caso, a legitimidade passiva é atribuída a qualquer pessoa que, de forma direta ou indireta, cause dano ao meio ambiente.

Quanto ao tema do *processo coletivo em favor da eficácia do direito ao meio ambiente*, explique-se que aquele é normalmente visualizado como um subsistema inserido no sistema processual civil, regido por normas e princípios específicos, além de instrumentos característicos para a tutela de interesses ou direitos metaindividuais. Já as ações coletivas brasileiras tiveram como parâmetro as denominadas *class actions*, especialmente as relativas ao sistema jurídico norte-americano. As *class actions* têm por base a *equity* do direito inglês - direito aplicado pelos tribunais do chanceler do Rei, com o propósito de amenizar o rigor do sistema do *common law*, atendendo a questões de equidade - com antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII.

Hoje, nas *class actions* norte-americanas, presentes os requisitos estabelecidos na Regra 23 das *Federal Rules*, e não havendo outro procedimento eficiente e adequado para a solução da controvérsia, o juiz expedirá a chamada *certification order*, que é a atestação judicial de que a ação está em condições de prosseguir no pleito; e que o autor ideológico é um representante adequado do interesse coletivo judicializado. Assim, as ações de classe norte-americanas representam um meio para resolução de conflitos coletivos, que pretende evitar demandas individuais repetitivas, além do risco de decisões discrepantes e do acúmulo de processos nos órgãos judiciais.

As *class actions* são, por vezes, defendidas como meio idôneo na defesa dos interesses difusos e coletivos; mas também há críticas acerca deste modelo como, v.g., a existência do risco de colusão entre as partes que aquele tipo de ação comportaria. Isso se



daria em razão da propositura de demandas mal formuladas, por associações inidôneas, ou até mesmo a pedido do próprio réu, a fim de que se obtenha uma sentença de improcedência que atingiria toda a classe ou categoria, numa espécie de caso simulado diante do Judiciário.

Neste ponto, destaque-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, adota-se o princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva, que, por sua vez, vai ao encontro do que estabelece a norma do *caput* do art. 225 da Carta Magna, potencializando-se, com isso, a possibilidade de realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – já que o resultado da ação coletiva não prejudica os autores que futuramente desejem ou necessitem ajuizar ação com vistas à proteção daquele direito. No Brasil, no que afeta aos interesses difusos e coletivos, por apresentarem objeto indivisível, estes apresentam sentença com eficácia *secundum eventum litis*, beneficiando, indiretamente, todos os demais interessados, num sistema onde se privilegia o *objeto* e não a *legitimidade ativa*.

Na seção 3, ainda tratar-se-á da *tutela coletiva de urgência*, outro assunto de grande relevância para o estudo das normas jurídicas de caráter ambiental, já que, além de observadas e aplicadas, tais normas, para cumprirem a função a que se destinam, na maioria das vezes, não podem aguardar o tempo comum de um processo, caso em que certamente o bem a ser tutelado pereceria antes da decisão final. Daí a importância - para a defesa e preservação do meio ambiente - das medidas cautelares; provimentos liminares; e provimentos de natureza antecipatória. Tais elementos são, muitas vezes, determinantes para a efetividade ou eficácia da processualística na defesa de direitos difusos.

Assim, o *processo cautelar* destina-se a proteger a eficácia de outro processo (principal), salvaguardando a eficácia de uma decisão em vista de uma pretensão judicial. Neste caso, a celeridade ou o tempo do processo é um importante elemento a ser considerado, trazendo, inclusive, equilíbrio de forças entre as partes litigantes. As medidas cautelares em sede de demandas coletivas, dividem-se em medidas cautelares do Código de Processo Civil e medidas cautelares da Lei da ação civil pública. O CPC ainda cuida do instituto da *tutela antecipatória*, que também é aplicável às ações coletivas. Por ela, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação; e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Além das medidas cautelares e antecipações da tutela ainda há as chamadas *medidas liminares*. A Lei da ação civil pública, em seu art. 12, autoriza o juiz a conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia. A concessão de mandado liminar poderá se

dar tanto em procedimentos cautelares, quanto em casos de antecipação de tutela. Trata-se de mecanismos que visam garantir a plena efetividade do processo, optando-se pela prevenção mediante a concessão de tais medidas, em atendimento a situações urgentes.

A importância das tutelas antecipatórias, dos provimentos liminares e das ações cautelares se traduz na eficiência dos seus respectivos provimentos, em casos e circunstâncias especiais, que provavelmente não teriam efetividade se fossem realizados por meio de procedimentos ordinários ou tradicionais. As novas formas de proteção ou tutela dos direitos metaindividuais e, sobretudo dos direitos difusos, foram criadas, e até mesmo inovadas pelo legislador brasileiro, para que, entre outros, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possa ser garantido, ou que adquira verdadeira eficácia no plano dos fatos.

Por fim, após a análise de vários instrumentos e temas que envolvem a eficácia das normas jurídicas de caráter ambiental – tratar-se-á, na seção 4 desta Tese, da *eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil*. Neste caso, destaca-se que a identificação das linhas de interpretação prevalecte nos TRFs e tribunais superiores indica o rumo das soluções que se esboçam no âmbito do Poder Judiciário, com grande utilidade para o controle das atuações administrativas e das políticas ambientais no País.

Assim, partindo-se do problema da ineficácia (social) das normas jurídicas, ou seja, da sua não realização no plano dos fatos e, conseqüentemente, da ineficiência do próprio sistema jurídico, ver-se-á que alguns fatores se destacam por contribuir, de alguma forma, para a eficácia ou ineficácia das normas que visam à proteção do meio ambiente.

A princípio, indaga-se a respeito de uma possível crise no sistema jurídico brasileiro. Em seguida, realizar-se-á um *delineamento desta crise*, levantando-se questões como a burocracia, a crise de legitimidade do Poder Judiciário, a morosidade no julgamento dos processos, a questão do acesso à justiça, entre outros assuntos que representam pequenas parcelas de problemas que acometem este Poder. Dessa forma, questiona-se o fato de hoje haver, ou não, um número significativo de magistrados e funcionários; a questão da desigualdade existente dentro do próprio Poder Judiciário, tanto no que tange à estrutura, quanto ao desempenho dos juízes e serventuários, entre outros. Além de se tratar de questões ou fatores que interferem no bom funcionamento do sistema como, por exemplo, as questões de caráter ético representadas pela corrupção dos agentes que trabalham na Administração Pública dos três Poderes da União.

Um tema que normalmente é objeto de muitas controvérsias é a questão do *controle do Poder Judiciário*. Este controle pode ser político ou administrativo, e ainda interno ou externo. O controle político, no Brasil, se realiza pela participação do Poder

Executivo (Presidente da República), e do Poder Legislativo (Senado), na nomeação de Ministros da maioria dos tribunais superiores brasileiros.

Já o controle administrativo possui natureza hierárquica, e tem por objeto assuntos burocráticos e éticos da atividade do magistrado. Trata-se de um controle interno, fundamentado no Estatuto da Magistratura. Este controle é exercido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, com sede em estabelecida em Brasília. Neste ponto, discute-se se o CNJ, por apresentar caráter eminentemente interno, conferiria, ou não, à sociedade um poder de fiscalização direta da administração do Poder Judiciário; além de se questionar o fato de o comando deste controle estar nas mãos dos juizes dos tribunais superiores, levantando-se ao entendimento de que isso poderia levar à ineficácia do sistema.

Com relação ao controle externo do Judiciário, cuida-se de um assunto ainda mais polêmico, em razão de argumentos como, *v.g.*, que aquele controle seria proveniente de idéias autoritárias, elitistas e centralizadoras, e que ofenderia o princípio federativo previsto constitucionalmente. Nestes termos, diz-se que a luta pelo controle externo seria uma luta pelo poder, se contrapondo à existência de um Judiciário independente e, dessa forma, mais apto ao combate à corrupção.

Assim, a discussão acerca de um maior controle da atividade dos juizes é polêmica, sobretudo por envolver a intangibilidade do princípio da independência da magistratura. Neste caso, poder-se-ia dizer que o aprofundamento do controle externo colocaria em xeque a independência do Judiciário, bem como sua pretensão de imparcialidade. Por outro lado, no caso de controle interno, exercido por membros da magistratura, levantam-se questões como a do corporativismo e da impunidade.

Outro fator que possui relevância para o aumento da eficácia das normas ambientais seria a criação de *varas especializadas*. A criação de varas, tribunais e procedimentos especializados relativamente às causas socialmente relevantes não é uma novidade, já que há tempos utiliza-se esta via para a solução de assuntos considerados novos ou especiais em determinado momento histórico.

Neste caso, entende-se que julgadores especialmente preparados, assim como varas e procedimentos especializados em determinada matéria aumentariam a eficiência na prestação jurisdicional, e facilitaria o acesso à justiça, simplificado questões consideradas novas e complexas. Por outro lado, argumentam-se no sentido de que um juiz especializado pode tornar-se deveras isolado, com perspectiva por vezes estreita, perdendo a capacidade de exercício de visualização global dos problemas ou demandas que lhes são apresentados.

Todavia, com relação às varas especializadas, analisar-se-á alguns casos práticos, a fim de que se observe a potencialidade desta idéia para a melhor aplicação dos *novos* direitos, com vistas a resultados positivos no âmbito da eficácia das normas jurídicas de caráter ambiental.

Sobre o tema *acesso á justiça*, destaca-se que a atual Constituição Federal tornou a defesa dos direitos mais acessíveis aos jurisdicionados, na medida em que assegurou a assistência judiciária; determinou a organização em carreira da Defensoria Pública; manteve o Mandado de segurança; estendeu a Ação popular aos casos envolvendo o meio ambiente; criou o *habeas data* e o Mandado de injunção, entre outras providências que ampliaram constitucionalmente as possibilidades de acesso. Mas aqui se questiona se o fato da dispensa de custas judiciais na Ação civil pública e na Ação popular seria suficiente para o efetivo acesso ao Judiciário, no âmbito da tutela ambiental, já que existiriam outras dificuldades como o caso de documentos negados arbitrariamente pela Administração Pública; haveria, ainda, os custos com peritos, sobretudo quando os laudos apresentados pelo degradador revelam-se insuficientes para demonstrar a realidade, ou quando se trata de calcular o dano ambiental; além dos custos com advogados etc.

Não obstante isso, doutrinariamente, alega-se que o acesso coletivo à justiça é eficaz no tratamento dos direitos difusos, ou seja, tratar-se-ia de um acesso pleno e eficiente; demonstrando-se, com isso, que, no que concerne ao acesso à justiça em sede ambiental, as opiniões sobre o assunto são divergentes. Mas, algumas questões importantes relacionadas a aspectos relevantes daquele acesso - que atingem a eficácia das normas jurídicas ambientais - ligam-se, *v.g.*, à inexistência de paridade de armas entre as partes litigantes; ao custo do processo; à desinformação dos jurisdicionados; à falta de educação destes e, por conseqüência, à própria carência no âmbito do exercício da cidadania.

De outro vértice, esse assunto traz o dilema de que as alterações ou reformas os procedimentos processuais que pretendem dinamizar o acesso à justiça possam afetar a garantia dos direitos estabelecidos, trazendo-se ameaças à segurança jurídica. Contudo, esse argumento não contribui para a resolução dos atuais problemas, pois adia o diagnóstico da crise e a apresentação de soluções, impedindo, dessa forma, o desenvolvimento em termos processuais. Além disso, tal entendimento poderia tornar o Poder Judiciário ainda mais distante da realidade social, conferindo-lhe um caráter elitista, já que apenas os cidadãos das classes mais altas teriam a oportunidade de fazer valer os seus direitos com o máximo de efetividade.

Na verificação dos problemas de caráter ambiental, além da pesquisa doutrinária, ainda se realizou pesquisa jurisprudencial, a fim de se focalizar os principais fatores

responsáveis pela *ineficácia* das normas ambientais, com o propósito de se destacar idéias que possam solucionar o problema, e se promover uma mudança na postura, sobretudo dos aplicadores do Direito. Deste modo, analisou-se 226 decisões dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, que foram selecionadas através do sistema de pesquisa eletrônica daqueles tribunais, utilizando-se a frase *meio ambiente ecologicamente equilibrado* como ferramenta de procura. O período analisado foi a partir da promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, até o dia 1º de dezembro de 2004.

Para a definição do conjunto dos precedentes foi utilizada àquela frase, identificados as decisões exclusivamente pela ementa ou seu resumo, dispensando-se, dessa forma, o excessivo rigor doutrinário, pois o interesse principal do estudo está mais em identificar a localização, tendência e orientação jurisprudencial, do que o estabelecimento de uma técnica exata e precisa sobre o assunto, objetivo este praticamente impossível, tendo em vista que a matéria ambiental está presente em vários ramos do Direito, subdividida em diversos assuntos, o que tornaria a realização da pesquisa além das expectativas do que se pretende demonstrar.

Assim, a partir da realização da investigação, foram reunidas as decisões, localizadas pelas ementas disponíveis ao usuário-padrão. Nessas decisões, foram identificados alguns temas que se repetiam sucessivamente, configurando-se como os motivos pelos quais os jurisdicionados acessam a segunda ou a terceira instância do sistema jurídico brasileiro, a fim de resolverem questões de caráter ambiental.

Registre-se que as ementas judiciais apresentam-se algumas vezes incompletas ou insuficientes, além de haver a dificuldade da não-uniformidade de conceitos e de discurso dos tribunais. Por isso, os textos analisados não foram objeto de extremo rigor, mantendo-se o foco nas idéias e conclusões necessárias para se identificar os temas particularmente relevantes para esse estudo; incorporando-se, no entanto, os riscos inerentes às pesquisas realizadas em sistemas de busca automática de dados.

Contudo, ainda assim a pesquisa apresentou excelentes resultados como base de argumentação, apesar das imperfeições e dificuldades que porventura o sistema de dados apresente. Nestes termos, as informações encontradas certamente representam um resultado revelador, no sentido de que evidenciam alguns temas repetitivos e corriqueiros apreciados pelos TRFs e Superior Tribunal de Justiça no Brasil. Assim, os temas encontrados foram os seguintes: competência ambiental; tutelas de urgência; responsabilidade por danos ambientais; direito de propriedade; precaução ambiental; legalidade dos atos administrativos; legitimidade processual; e legitimidade dos atos da Administração Pública.

Destarte – tendo em vista o resultado da pesquisa, entre outras conclusões obtidas nas seções anteriores - na seção 4 desta Tese apresentar-se-á algumas *alternativas para a crise do Poder Judiciário*, especificamente no que tange a idéias que visem a contribuir para o aumento da eficácia das normas relativas ao meio ambiente. Atualmente, o sistema jurídico brasileiro, de uma forma geral, é objeto de discussões acadêmicas e da opinião pública, tudo em razão das deficiências que o sistema apresenta e que, como consequência imediata, tem-se a diminuição da eficácia na concessão da tutela jurisdicional. Enfim, a morosidade processual, as dificuldades do acesso à justiça, entre outros fatores que apontam para um grave problema naquele Poder, problema este que muitos identificam como uma *crise*.

O que mais chama a atenção é o excesso de formalismo do processo civil brasileiro, no sentido deste conferir inúmeras condições para a prática de atos protelatórios. Esse assunto leva à questão da reforma legislativa ou judiciária; e, neste caso, de um lado, entende-se que estas viriam atender aos interesses da Administração Pública e as recomendações do Banco Mundial e do capital estrangeiro, além de concentrar na cúpula do Poder Judiciário a decisão sobre as questões mais importantes, desprezando-se a base do sistema. Por outro lado, considera-se que o atual sistema processual brasileiro poderia ser melhor estruturado e desenvolvido, para se conferir uma roupagem mais efetiva ao direito material, já que os moldes atuais não apresentam resultados práticos que se coadunem a uma razoável prestação jurisdicional.

No que diz respeito ao sistema jurídico brasileiro, alguns autores entendem que o *garantismo* apresenta-se como um referencial adequado e necessário para a produção de conhecimento e, sobretudo, para a interpretação e aplicação das normas e princípios jurídicos. A idéia é de que, mediante a lógica garantista, os valores superiores (direitos humanos) orientem a prática dos operadores jurídicos. Discute-se, neste âmbito, a dificuldade destes em lidar com os princípios, o que faz com que se restrinjam somente às regras jurídicas. Este fato normalmente é atribuído à formação positivista-legalista que informa o senso comum teórico dos juristas.

Assim, a teoria garantista propõe que os operadores jurídicos se vinculem não só ao aspecto formal da norma, mas, além disso, aos aspectos materiais - axiológico e teleológico - dando-se ênfase ao conteúdo normativo, respeitando-se, todavia, o princípio da legalidade, tendo-se sempre como fundamento básico o princípio da dignidade da pessoa humana. Em razão da preocupação garantista com a eficácia da norma no âmbito social, uma leitura garantista do Direito poderia atender às expectativas da maioria da população que necessita de

ver realizados os seus direitos já estabelecidos, sobretudo as normas que tutelam direitos e garantias fundamentais, como é o caso da proteção do meio ambiente.

Mas, para a operacionalização de tais idéias, há a *necessidade de novos parâmetros hermenêuticos* ou de uma mudança na cultura hermenêutica brasileira, a fim de que se promova, a partir do aparato legislativo já existente, a eficácia das normas jurídicas ambientais. A adoção de uma postura ativa na realização dos direitos fundamentais representa (ou deveria representar) uma tarefa urgente para os agentes que trabalham no âmbito jurídico. Para isso, é necessário se utilizar os meios oferecidos pelo Direito, teleologicamente, privilegiando-se os valores-base da Constituição da República Federativa do Brasil.

A norma jurídica é o objeto da interpretação, e apresenta-se como uma fórmula preestabelecida pelo legislador, regulamentando as relações humanas em sociedade. O trabalho do julgador inclui o exame de várias partes do texto legal, a fim de investigar os vários sentidos das normas, sob vários aspectos sem, contudo, alterar o texto do dispositivo em análise. Após esse procedimento, deve-se declarar o melhor sentido, ou seja, o mais compatível com o sistema jurídico, e que, ao mesmo tempo, melhor se ajusta ao caso concreto.

Nestes termos, interpretar é verificar a essência da norma para a solução do caso concreto em análise. Neste caso, o juiz poderá realizar um esforço hermenêutico, a fim de conferir a solução mais adequada aos casos que lhe são apresentados, assumindo valores contidos no sistema jurídico, além de objetivar intervenções que atendam às situações concretas que lhes são apresentadas para fins de prestação jurisdicional; ou ainda tem a opção de ser um mero aplicador da lei.

Além da utilização dos *métodos de interpretação*, com o propósito de se buscar respostas para os problemas dos jurisdicionados, de modo a adequar as normas jurídicas à realidade social dos mesmos, atenta-se para a importância dos *princípios jurídicos* dentro do processo hermenêutico. Assim, na seção 4 desta Tese de Doutorado, tratar-se-á da possibilidade de uma nova hermenêutica constitucional, baseada em valores e princípios, com base nas orientações garantistas entre outras, com o intuito de se aproximar a *práxis* à realidade social.

Os métodos de interpretação e os princípios representariam instrumentos à disposição dos operadores jurídicos, apresentando-se como importantíssimas ferramentas de trabalho para os magistrados, no exercício de aplicação da lei. Deste modo, os princípios confeririam aos operadores jurídicos certa elasticidade em razão das várias possibilidades interpretativas, já que são comumente caracterizados como genéricos e abstratos, e se

materializam e cumprem a sua função ao serem ajustados a cada caso concreto. Aqui, a unidade sistêmica entre o ordenamento e a Constituição seria também mantida pelos princípios, mediante um mecanismo de realimentação de todo o sistema em razão destes.

Nesse contexto, destaca-se a técnica de *ponderação*, baseada no princípio da proibição do excesso, que por sua vez deve envolver os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que são temas importantes para que se construa a estrutura de uma nova hermenêutica, mais democratizante, que contribua para uma sociedade mais igualitária, e com um meio ambiente mais salutar. Assim, com relação ao papel da *hermenêutica na atividade judicante*, o juiz contemporâneo deve utilizar todo o aparato hermenêutico e normativo, com o propósito de conferir a *melhor* solução para o caso que lhe é submetido, ou seja: aquela que considere os mais variados fatores - como os elementos e pressupostos jurídicos, as condições sociais, os fatores econômicos, psicológicos, éticos, entre outros - a fim de que se abarque a realidade máxima dos fatos que lhe são apresentados para análise e julgamento.

Isso representaria uma superação da lógica formal dedutiva, destituída de caráter axiológico - realizando-se o propósito de se trabalhar com elementos que envolvam a criatividade, em face da atual complexidade dos conflitos jurídicos, sobretudo no âmbito ambiental. Atualmente, fala-se num trabalho hermenêutico além da dedução e subsunção da norma ao caso concreto; fala-se, por exemplo, na busca do valor *justiça*, na hermenêutica construtiva, criadora ou transformadora, entre outras.

Por outro lado, alega-se que não competiria aos juízes a realização da justiça de forma subjetiva e absoluta, já que o único poder outorgado aos magistrados é a prestação da tutela jurisdicional, com o poder de interpretação e aplicação das normas jurídicas, restringindo o resultado final de *justiça* na sua acepção básica, objetiva e concreta, dependente da preexistência de um direito justo. Deste modo, o magistrado estaria desenvolvendo a sua atividade de forma mais coerente, resultando numa maior segurança nas relações sócio-jurídicas.

A despeito de a atividade judicante ser muito particularizada, já que envolve visões diferenciadas, e diversas influências que incidem sobre o julgador, atualmente existem alguns consensos firmados como, *v.g.*, a defesa dos direitos humanos, por mais relativizados que estes possam se apresentar. Além disso, dentro destes, defende-se globalmente a idéia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esses valores não são necessariamente provenientes de uma ética ambiental, mas ligam-se, sobretudo à necessidade de manutenção de qualidade de vida, e até mesmo da própria vida das pessoas. Por isso, argumenta-se que a



defesa do meio ambiente representaria a realização da *justiça* para as gerações presentes e futuras.

Com relação à *súmula vinculante e a questão da eficácia das normas ambientais*, em 2004 a Emenda Constitucional nº. 45 acrescentou o art. 103-A à Constituição Federal, estabelecendo que o Supremo Tribunal Federal poderá - de ofício ou por provocação - mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A Lei nº. 11.417, de dezembro de 2006, regulamentou o assunto, não obstante a grande discussão realizada pela doutrina pátria acerca das vantagens e desvantagens de sua adoção no sistema jurídico brasileiro. Sobre esse ponto, há quem questione até mesmo a constitucionalidade da *súmula vinculante*, alegando-se que ela fere alguns princípios constitucionais como, por exemplo, o princípio da separação dos Poderes e o princípio do livre convencimento dos juízes.

O objetivo da *súmula vinculante* é a validade, interpretação e eficácia de determinadas normas onde haja controvérsia atual entre os órgãos do Judiciário, ou entre esses e a Administração Pública, nos casos em que se constate grave insegurança jurídica, além do relevante acúmulo de processos sobre questão idêntica. Os legitimados para a propositura da Ação direta de inconstitucionalidade poderão provocar a sua aprovação, revisão ou cancelamento. Ressalte-se que a criação da *súmula vinculante* pode ser atribuída, entre outros motivos, a uma resposta à crise que atravessa o Judiciário atualmente. Essa criação faz parte da chamada reforma do Poder Judiciário, e este é considerado um dos pontos mais polêmicos da mesma.

Assim, tendo-se em vista a morosidade no julgamento de ações, muito em razão de recursos eminentemente protelatórios, entre outros motivos, no último item da seção 4 desta Tese, cuidar-se-á da questão da *súmula vinculante*, como uma possível alternativa para o referido problema. Isso porque o sistema jurídico brasileiro - a despeito de vários esforços despendidos nas últimas reformas no âmbito do processo - ainda é caracterizado pelo excesso de formalismo, onde, sobretudo o sistema recursal é apontado como uma das principais causas de lentidão da Justiça.

A consequência disso é, além da lentidão processual, o fato de que o direito material permanece relegado a um segundo plano. Normalmente, para a solução destes problemas, propõem-se a revisão da legislação processual civil e penal brasileira, com fins de

simplificação dos procedimentos, que hoje eternizam as demandas. Nestes termos, a questão da súmula vinculante relacionar-se-ia com a eficácia das normas jurídicas já que, a adoção da mesma poderia proporcionar maior celeridade nos julgamentos dos processos, o que resultaria numa economia processual, no impedimento sucessivos recursos de caráter procrastinatórios, entre outras vantagens. Ademais, há o problema de que os casos repetitivos recebem tratamentos desiguais, apresentando o sério problema da quebra da isonomia, numa situação que desgasta o Poder Judiciário e prejudica os jurisdicionados.

Ver-se-á ainda dois institutos estrangeiros que normalmente são apontados como inspiração para a criação ou adoção daquela súmula no Brasil, ou mesmo para a sua não adoção, quais sejam: o *stare decisis* proveniente do direito norte-americano, e os *assentos* advindos do direito português. O *stare decisis* faz parte do sistema jurídico da *common law*, que significa a solução de casos com base em sentenças precedentes, proferidas em casos similares. Já os *assentos* foram adotados em Portugal até o ano de 1995, e objetivavam solucionar conflitos jurisprudenciais.

Parte da doutrina pátria entende que basear a atribuição de efeito vinculante às súmulas e à jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros no instituto do *stare decisis* seria um equívoco, em razão de que nos Estados Unidos, *v.g.*, a força do precedente residiria na tradição, e não na regra escrita como ocorre no sistema do *civil law*. Neste caso, normalmente sugere-se que a solução deva ocorrer pela via administrativa, associada à adoção do controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional, ou mesmo que se utilize apenas a súmula impeditiva de recursos.

Destarte, na seção 4, apresentar-se-á vários argumentos em favor e contrários à súmula vinculante, a fim de se realizar uma reflexão a respeito do assunto. Existem críticas no sentido de que, com a adoção da súmula vinculante, a jurisprudência se tornaria rígida ou imutável; o que se contrapõe à alegação de que o Supremo poderia criar, rever e cancelar as súmulas, mediante provocação dos legitimados a proporem a Ação direta de inconstitucionalidade, de modo que a jurisprudência evoluiria de forma lenta, apreendendo as transformações sociais, e de forma mais segura.

Com relação à natureza jurídica da súmula vinculante, existe uma grande discussão em torno do assunto, no sentido de que, por um lado, entende-se que se trata de uma nova fonte do Direito, ou seja: uma fonte jurisprudencial; e, por outro lado, afirma-se que aquela súmula tem natureza jurídica de lei, já que teria, como ocorre no efeito normativo, o caráter geral e abstrato desta. Ademais, alega-se que, com a sua adoção, o Poder Judiciário

quebraria a harmonia e a independência entre os Poderes da República, já que este Poder não possuiria legitimidade para estabelecer o efeito vinculante às sumulas.

De outro vértice, parte da doutrina defende o caráter jurisdicional da súmula vinculante, pois esta adviria do Poder Judiciário; além de apresentar cunho interpretativo, já que revela o sentido da lei por meio da condensação de reiterados julgamentos semelhantes com decisões no mesmo sentido. Portanto, aquela súmula não criaria e não inovaria, como ocorre com a lei elaborada pelo Poder Legislativo. Discute-se, ainda, a questão da autodeterminação do juiz entre outros pontos polêmicos atrelados ao assunto.

Assim, ver-se-á, nesta oportunidade, que apesar de a súmula vinculante trazer certa previsibilidade para as relações jurídicas, ela ainda comporta algumas incertezas, em função da sua possibilidade de revisão ou cancelamento. Isso porque, além da uniformidade e a estabilidade nas decisões jurídicas, ela traria também certa flexibilidade e ajustamento das decisões sumuladas a cada caso concreto. Esse fato, não obstante a resolução do problema da não uniformidade, poderia tornar ineficaz um dos maiores propósitos da súmula vinculante que é uma maior eficácia do sistema como um todo, pela desobstrução do Judiciário e realização de um processo menos lento, com prazos razoáveis.

Importante esclarecer que, na seção 4 deste trabalho, tratar-se-á da hipótese específica da adoção da súmula vinculante para a solução de problemas de caráter eminentemente processual. Esta solução também poderia ser pensada em nível de competência ambiental, por exemplo, tema que contribui sobremaneira para o grande número de recursos e, conseqüentemente, para a morosidade no julgamento dos processos, além de promover uma série de julgados de forma não isonômica.

Finalmente, a *metodologia* utilizada no desenvolvimento desta Tese de Doutorado foi tanto a pesquisa doutrinária, quanto a jurisprudencial primária a secundária, ou seja, realizou-se esta pesquisa no âmbito dos Tribunais Regionais Federais do País, e no Superior Tribunal de Justiça, por meio de banco de dados de suas jurisprudências dispostas na Internet, sendo que os precedentes foram examinados exclusivamente pelo teor de suas ementas ou resumo do resultado, conforme constantes dos bancos de dados pesquisados. Além da pesquisa realizada diretamente naqueles tribunais, ainda se utilizou dados provenientes de pesquisas realizadas por outros doutrinadores.

Utilizaram-se os métodos indutivo, dedutivo e sistêmico como métodos de abordagem. De outro vértice, utilizou-se o método monográfico como método de procedimento; e a análise foi desenvolvida a partir de técnica de pesquisa bibliográfica e

documental; análise de jurisprudência, produção de resumos, análises textuais, além de comparações.

A *inovação* da pesquisa está fundamentalmente ligada à análise de *casos práticos*, por meio da jurisprudência, a fim de se verificar o grau de eficácia hoje atribuído às normas relativas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, representadas constitucionalmente no *caput* do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, com o intuito de se averiguar quais os principais obstáculos à aferição da qualidade de eficácia plena a tais normas, no momento da aplicação do referido direito.

A pesquisa ainda inova no sentido de trazer um grande número de temas que cercam o assunto, que se relacionam, de alguma forma e fundamentalmente, com a questão da eficácia das normas ambientais, tratando-os de forma sistemática e transdisciplinar. Nestes termos, acredita-se que a efetiva aplicação das normas jurídicas envolva os mais variados fatores e temas, não podendo os mesmos ser negligenciados, sob pena de se tratar da questão de forma incompleta ou insuficiente. Segue-se, dessa forma, o padrão da teoria sistêmica em que as *partes* contribuem para a formação do *todo*, e não podem ser afastadas sem que este seja comprometido, pelo fato de sofrerem influência recíproca.

Assim, após a realização da pesquisa jurisprudencial, os temas mais freqüentes que levam o Poder Judiciário prestar os seus serviços no âmbito do Direito ambiental foram tratados no trabalho, no decorrer das suas seções, a fim de se averiguar as causas de tais problemas, bem como se procurou aferir algumas soluções, críticas e sugestões, com o propósito de se conferir maior eficácia às leis ambientais brasileiras, partindo-se de um contexto pós-moderno, numa sociedade caracterizada como uma sociedade de risco.

Por fim, registre-se que, não obstante todos os problemas encontrados e relatados, acredita-se que o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, previsto no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, deve ser observado com mais freqüência, orientado pelo princípio ético do respeito à própria vida e à dignidade da pessoa humana, concentrando-se os esforços para que o mesmo adquira a eficácia ou a efetividade necessária para o real cumprimento do conteúdo daquele dispositivo constitucional.

# 1 A SOCIEDADE DE RISCO E AS PERSPECTIVAS DE UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

## 1.1 Sociedade de risco e pós-modernidade: Um diálogo permanente

A sociedade contemporânea é caracterizada pelos estudiosos, por várias qualidades relativas à época; ao espaço temporal; em razão do estilo de vida que se adota na atualidade, entre outros; e dentre os temas que se referem à descrição e tentativa de explicação do atual modelo societário está a questão da pós-modernidade, e a caracterização deste modelo como uma sociedade de risco.

Tanto a descrição da sociedade como produto da pós-modernidade,<sup>3</sup> quanto a sua caracterização como uma sociedade de risco são temas que mais se complementam do que se excluem. Isto porque, como se verá a seguir, apesar de algumas ressalvas teóricas, a sociedade pós-moderna convive com riscos cujas proporções de realização de catástrofes - sobretudo as de caráter ecológico provenientes das ações humanas - não têm precedentes na história da Humanidade.

Tratando da pós-modernidade, Bello Filho a descreve como uma sociedade plural, individualista, onde reforça-se os espaços privados em detrimento dos espaços públicos. A realidade pós-moderna seria dominada pela comunicação (emissoras de TV, antenas de celulares), aliada à característica de hipertrofia dos espaços privados e à atrofia dos espaços públicos. Nestes termos, o autor comenta que

Contra a apregoada elefantíase do Estado apresenta-se a volatilidade do setor privado. A ideologia sub-reptícia da pós-modernidade nega o papel do espaço público e transmite, através do mito da incompetência do setor público, a ideologia da infalibilidade do mercado. Na verdade, individualismo e neoliberalismo são as pedras de toque do mundo atual.<sup>4</sup>

De acordo com Bello Filho, a modernidade exaltou a liberdade, a razão (ciência), e a universalidade. Ocorre que o produto destes valores não foram integralmente positivos para

---

<sup>3</sup> A *modernidade* referida neste trabalho, diz respeito ao período estabelecido na Idade Moderna, cujo ideário consolidou-se com as Revoluções Industriais, num sistema destacadamente capitalista. Estabelece-se esse marco a fim de se evitar questionamentos acerca da palavra *modernidade* como, por exemplo o faz Fagúndez quando afirma que “Fica difícil estabelecer tranquilamente o que se entende por modernidade.” Ver: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003. p. 60.

<sup>4</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. p. 15-16.

a sociedade pós-moderna, já que a ciência, por exemplo, promoveu focos de barbárie e irracionalidade; e a universalidade (igualdade) tornou-se um projeto descumprido em diversos pontos do Planeta. A razão moderna proclamava a igualdade como um pressuposto lógico, além do fortalecimento da liberdade. Contudo, a liberdade e a igualdade serviram às relações comerciais da burguesia, justificando e afirmando uma nova classe econômica.<sup>5</sup>

O autor ainda destaca que Filósofos iluministas como Condorcet e Rousseau sustentaram a necessidade de igualdade, e do fim de privilégios, por meio da distribuição de riquezas. No entanto, não foi esta vertente igualitária do iluminismo que prevaleceu na sociedade ocidental, mas sim o culto da razão, da liberdade, e do utilitarismo liberal (certeza da felicidade como fruto do progresso). Bello Filho explica que

O neoliberalismo surge do projeto iluminista, mas surge como filho bastardo. Nasce como a negativa de completude do projeto, como a confirmação de que os princípios que sobreviveram do amálgama da Ilustração foram apenas aqueles que diretamente interessavam a quem controlava política e economicamente os novos tempos.<sup>6</sup>

O liberalismo econômico, modelo que sucedeu o mercantilismo, surgiu no século XVIII e XIX, baseado nos argumentos da teoria dos autores clássicos Adam Smith e David Ricardo. Os adeptos desse modelo, hoje denominados neoliberais, entendem, *v.g.*, que todos os países necessitam transacionar mercadorias entre si; que o comércio entre nações aumenta a competitividade; aumentando, com isso, a qualidade dos bens e serviços, causando a queda nos preços. Contudo, a crescente expansão do livre comércio tem trazido fortes preocupações para as organizações ambientalistas não governamentais. Suas preocupações nascem da percepção de que, em certos casos, as relações econômicas tendem a frustrar a aplicação de leis nacionais relativas ao meio ambiente, além de inutilizar os acordos internacionais que cuidam da proteção ambiental.<sup>7</sup>

O fato é que as construções filosóficas formadas na modernidade trouxeram algumas conseqüências vivenciadas na pós-modernidade como, por exemplo, o atual desequilíbrio ecológico, que é normalmente atribuído aos contínuos impactos causados pelo homem no meio ambiente, ao longo de décadas e décadas. O comprometimento dos ecossistemas terrestres hoje é público e notório, e não há como se negar que o problema já atingiu um nível de transtornos às sociedades sem precedentes na história da Humanidade.

---

<sup>5</sup> Idem, p. 74-96.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 99-101.

<sup>7</sup> BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. *Certificações ambientais e comércio internacional*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 50; 167.

A população mundial cresce de forma extraordinária, ao passo que as demandas com relação aos recursos naturais elevam-se continuamente. Além disso, a disputa pelo domínio no âmbito mercantil dá-se de maneira incontrolável. Só para citar um exemplo, anualmente são desmatados no mundo todo 11 milhões de hectares de florestas tropicais; e, no Brasil, a Mata Atlântica, que na época do descobrimento ocupava cerca de 12% do território nacional, em 2003 representava apenas 5% de sua área original.<sup>8</sup>

Atualmente, com o processo de globalização,<sup>9</sup> principalmente na área econômica, existe a preocupação com os efeitos que este fenômeno pode trazer ao meio ambiente, e com os *riscos* e perigos que essa nova fase da história mundial pode gerar. Alguns desses efeitos já podem ser verificados cotidianamente como, por exemplo, as mudanças climáticas, a degradação da camada de ozônio, o efeito estufa, a redução da biodiversidade, entre muitos outros.

Com relação ao termo *globalização*, para Vieira este comporta várias interpretações, podendo ser visto como um processo fatal e inescapável; como uma mera ideologia, propagandeada pelo Banco Mundial e pelos países dominantes, para servir aos interesses das empresas transnacionais; ou ainda como um processo de homogeneização, isto é, de produção e estandardização das atitudes e comportamentos em todo o mundo, colocando em risco a diversidade cultural da Humanidade. Isso sem falar na sua dimensão econômica, representada pela interligação de mercados.<sup>10</sup> Size, por seu turno, define globalização como um fenômeno descrito por Lenin como o estágio máximo do capitalismo, ou seja, o imperialismo caracterizado pelo crescimento e primazia das exportações de capital, desenvolvimento da divisão internacional do trabalho, dos trustes multinacionais, interconexão das economias dos mais diversos países etc.<sup>11</sup>

A globalização econômica teve seu primeiro momento de grande destaque na década de cinquenta, em razão da formação das corporações multinacionais, que se caracterizavam como atores econômicos com estratégia global, que, progressivamente, foram

---

<sup>8</sup> MENEZES, Paulo Roberto Brasil Teles de. O direito do ambiente na era de risco: perspectivas de mudança sob a ótica emancipatória. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 32, out./dez., 2003. p. 123-24.

<sup>9</sup> De acordo com Vieira, “Apesar da predominância econômica, o processo de globalização transcende os fenômenos meramente econômicos e deve ser entendido também em suas dimensões políticas, ecológicas e culturais. Afetando todas as esferas da vida, trabalho, educação, lazer, expressão artística, tecnologias, administração de empresas e instituições públicas, a globalização, como vimos, implica mudanças sociais e reestruturação da ordem mundial.” In: VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 103.

<sup>10</sup> Vieira, Liszt, *op. cit.*, p. 70.

<sup>11</sup> SIZE, Pierre. *Dicionário da globalização: a economia de A a Z*. Tradução por Serge Goulart. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 55.

saindo do controle dos Estados-nações, e na década de oitenta transformaram-se em corporações transnacionais, cujo processo decisório expandiu-se em nível global, implicando na irrelevância das diferenças nacionais em termos de matrizes e filiais.

Edgard Morin entende que “o que chamamos de globalização hoje em dia é o resultado no momento atual de um processo que se iniciou com a conquista das Américas e a expansão dominadora do ocidente europeu sobre o planeta.”<sup>12</sup> Esse processo de dominação começou a mudar no século XX, com a globalização aflorando num cenário de duas Guerras Mundiais, de derrubada do Muro de Berlim, de fracasso do império soviético, além da hegemonia, sobretudo norte-americana, do mercado mundial, com a dominação tecnológica e econômica do Ocidente. Em contra-posição a isso, haveria uma *segunda globalização*, que seria o negativo daquela anteriormente citada, de cunho minoritário, que se iniciou no interior das nações dominadoras.<sup>13</sup> Segundo o autor, na *segunda globalização*, por exemplo,

A qualidade avança em luta contra o produtivismo e a lógica da quantidade. Em vários países cultiva-se o desenvolvimento dos vinhos de qualidade, artesanais, e não mais o vinho de produção padronizada. Esse fato também se verifica na Europa do Sul, onde podemos encontrar bons vinhos cabernet. Em muitas partes do mundo há essa reação, o que se vê também na alimentação biológica. Cada vez que há uma catástrofe alimentar, como a da vaca louca na Europa, há um salto de conscientização. Há uma busca qualitativa em todo o mundo, no modo de vestir-se, de viver, de passar férias - não mais o turismo para ver as coisas de fotografia, mas viver as experiências dos nativos, experimentar o local. Há uma resistência a uma vida unicamente utilitária que se manifesta na busca de uma vida mais intensa, poética. Então, há correntes de resistência à compulsão do consumo padronizado com duas ações: uma na busca da diversidade e outra na busca de uma certa fuga à maneira de viver dominada pela sociedade de consumo. Há um momento de resistência contra a mercantilização da vida.<sup>14</sup>

Morin ainda destaca que “a ciência que se desenvolveu fora de toda a ética”, e hoje seria patente a necessidade de consciências ética e política, de uma reforma epistemológica, de uma mudança no pensamento. Para ele, no princípio as coisas parecem improváveis de se realizar, mas exemplifica que no início da religião cristã os discípulos representavam um pequeno grupo, ficavam na Palestina e eram desconhecidos da maioria dos romanos, e depois se tomou a religião mais importante do mundo antigo, sendo adotada pelo império romano. Da mesma forma, no Islamismo, Maomé com muito poucos discípulos e em pouco tempo expandiu-se para Leste e Oeste; além do socialismo que, por meio de alguns pensadores, ganhou partidos social-democratas e depois o partido bolchevique. Assim, com a idéia de que

<sup>12</sup> MORIN, Edgar *et al.* *As duas globalizações: complexidade e comunicação uma pedagogia do presente*. Porto Alegre: EDIPUCRS; Editora Sulina, 2002. p. 39.

<sup>13</sup> Idem. p. 40.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 52.



o imprevisível/improvável pode se tornar possível, com ânimo e coragem, se pode ver vida e a ação no futuro do planeta.<sup>15</sup>

Por seu turno, apesar de entender que a globalização significa bem mais que o neoliberalismo, e que a globalização neoliberal não representa a única de realização possível, definindo-a como uma “uma mudança completa nos paradigmas mundiais”, que vai além das alterações promovidas no universo econômico das políticas neoliberais - Bello Filho afirma que “a globalização é uma realidade inevitável. O que é evitável, e precisa sê-lo, é a globalização neoliberal ou globalismo. Os efeitos deletérios da globalização é que devem ser atacados para permitir uma distribuição de benefícios para toda a sociedade.”<sup>16</sup> Tratando do globalismo ou neoliberalismo, Bello Filho explica que

O globalismo é subordinador em dois sentidos: num primeiro, impõe a lógica dos países mais avançados economicamente aos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento; num segundo sentido, subordina as culturas menos complexas às mais complexas. O neoliberalismo impõe condutas ao mundo que vêm entrelaçadas ao dogma da fatalidade, da inevitabilidade.<sup>17</sup>

Para o autor, esse problema decorre da confusão entre globalização - considerada por ele inevitável - e globalismo ou neoliberalismo. E a solução para tal problema encontra-se no resgate do espaço da política, no âmbito dos Estados.

No que tange ao neoliberalismo, assim como à globalização - que atualmente lhe é contemporânea - uma consequência dos dois fenômenos é o fato destes atingirem a relação de força entre os Estados. A relação entre algumas potências mundiais é considerada equilibrada em termos de desenvolvimento e qualidade de vida; porém, muito desigual quanto a todo o cenário internacional. Vive-se em tempos diferentes daqueles da época da colonização, já que hoje não há mais necessidade de exércitos para que ocorra o saque em determinados territórios, ou para dizimarem parte de suas populações, ou utilizarem seus recursos naturais para suprirem as necessidades dos países desenvolvidos.

Comentando sobre o atual e hegemônico modelo econômico mundial, Chossudovsky afirma que

O controle dos bens produtivos, do trabalho, dos recursos naturais e das instituições, pode ser realizado de modo pessoal a partir da sala da diretoria das corporações: ordens são despachadas de um terminal de computador ou de um telefone celular. Os dados importantes são instantaneamente retransmitidos aos principais mercados financeiros – freqüentemente resultando em rupturas imediatas no funcionamento de economias nacionais. A ‘operação de guerra financeira’ aplica também instrumentos

<sup>15</sup> Ibidem, p. 58-59.

<sup>16</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 83-85.

<sup>17</sup> Idem, p. 105-06.

especulativos complexos, incluindo a gama de comércio derivado, transações futuras de câmbio exterior, opções de moeda, fundos de compensação, fundos de índice etc.<sup>18</sup>

Dentro desse *novo* mundo, onde o modelo econômico defendido pelos neoliberais não apresentou até agora uma solução real para os problemas básicos da Humanidade, principalmente para aqueles relativos ao âmbito social e ecológico, segue-se com instituições de caráter global que incentivam o desenvolvimento desse processo com incríveis promessas de desenvolvimento econômico para todos os países e, ainda, a sustentabilidade ecológica.<sup>19</sup> Sobre esse ponto, Santos afirma que:

O paradigma capital-expansionista é o paradigma dominante e tem as seguintes características gerais: o desenvolvimento social é medido essencialmente pelo conhecimento econômico; o crescimento econômico é contínuo e assenta na industrialização e no desenvolvimento tecnológico virtualmente infinito; é total a descontinuidade entre a natureza e a sociedade: a natureza é matéria, valorizável apenas como condição de produção; a produção que garante a continuidade da transformação social assenta na propriedade privada e especificamente na propriedade privada dos bens de produção a qual justifica que o controle sobre a força de trabalho não tenha de estar sujeito a regras democráticas.<sup>20</sup>

O fato é que a globalização, na prática, trouxe alguns resultados que contrariaram várias expectativas positivas iniciais. Os principais efeitos negativos normalmente apontados estão relacionados com o aumento das desigualdades sociais em face da concentração da renda, e, sobretudo, com a intensificação dos problemas sócio-ambientais globais, representados pelo aparecimento de riscos de acidentes nucleares, pela desertificação, pela perda da biodiversidade, efeito estufa entre outros.

Alguns fatores como a industrialização, a produção agrícola moderna, biotecnologias entre outros, tiveram e ainda têm um grande impacto sobre os recursos naturais terrestres. É claro que a degradação<sup>21</sup> dos ecossistemas, - ocorrida de forma desproporcionada e fortemente sentida por determinadas populações - já tinha se iniciado anteriormente, por volta da década de cinquenta. Isto porque, nesta época, já havia empresas multinacionais poluidoras; riscos produzidos por armas nucleares; produções agrícolas ecologicamente

<sup>18</sup> CHOSSUDOVSKEY, Michel. *A globalização da pobreza: impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial*. Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Moderna, 1999. p. 290.

<sup>19</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 176.

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995. p. 336

<sup>21</sup> Aqui, o termo *degradação* é apresentado como o dano de forte impacto no meio ambiente, diferente daquela *degradação* ocorrida em tempos remotos, que não provocava alterações tão claras e sentidas no ambiente natural. Com exceção, é claro, dos impactos causados pelas duas Revoluções Industriais.

insustentáveis etc. Mas foi cerca de três décadas depois,<sup>22</sup> que o desequilíbrio ecológico começou a ser mais sentido e divulgado nas sociedades, e os *riscos* de comprometimento da vida na terra tiveram um aumento significativo.

Tais fenômenos, de conseqüências até mesmo imprevisíveis e de difícil delimitação, afetam a todos indistintamente, e apresenta-se como um dos temas tratados pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, da Universidade de Munique, em seu livro *A Sociedade de Risco*. Nesta obra, Beck trata de afirmar a *incerteza* contida no conhecimento técnico; e de uma sociedade que se expõe ao risco de maneira consciente/inconsciente, como resultado de uma *modernização da modernização* ocorrida na contemporaneidade da mundialização da economia ocidental.

De acordo com Beck, a *primeira modernidade*, iniciada a partir do século XVIII, é representada pelo Estado nacional, caracterizado pelo pleno emprego, pela rápida industrialização, pela exploração da natureza *não visível*, ou seja, representava o modelo de sociedade industrial. Atualmente, segundo ele, vivenciamos a *modernização da modernização*, *segunda modernidade* ou *modernidade reflexiva*, num tempo onde há a necessidade de se enfrentar novos desafios produzidos pela primeira modernidade como, por exemplo: a globalização, o desemprego/subemprego, os riscos globais da crise ecológica entre outros.<sup>23</sup>

Na sociedade de risco contemporânea, os *perigos* caracterizam-se pelas circunstâncias fáticas que sempre ameaçaram a sociedade; enquanto que os *riscos* são criados artificialmente pelo homem, são conseqüências do seu livre arbítrio. Nesse contexto, a falta de informação e de conhecimentos científicos que esclareçam a necessidade do afastamento dos riscos é uma realidade. Deste modo, o risco permanece invisível, chegando raramente ao conhecimento público, representando o lado obscuro do desenvolvimento.<sup>24</sup>

Bello Filho atenta para a falta de consenso entre os sociólogos acerca do significado da expressão *sociedade de risco*, como uma característica da pós-modernidade. Contudo, apesar de todos os questionamentos e divergências relativos ao tema, o autor aponta como unanimidade a convicção de que o tema *risco* é trivial ao discurso pós-moderno, e que no mundo contemporâneo as questões que podem ser caracterizadas como “de risco”

<sup>22</sup> Observa-se, nesta oportunidade, a ocorrência da chamada “Revolução Tecnológica” na década de setenta, no âmbito dos países desenvolvidos. Cf. THORSTENSEN, Vera *et al.* *O Brasil frente a um mundo dividido em blocos*. São Paulo: Nobel, 1994. p. 20-24.

<sup>23</sup> BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. *A Sociedade Global do Risco: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo*. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 21 maio 2004.

<sup>24</sup> TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente: inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na forma específica*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. p. 122.

representam conexões entre causas e efeitos presentes, mesmo que isso ocorra apenas na lógica do discurso.<sup>25</sup> Porém, o autor objeta que a questão do risco remonta ao período de transição entre a Idade Média e Idade Moderna, e que

As incertezas mencionadas por teorias do risco que caracterizam a sociedade pós-moderna como uma “sociedade do risco” são apenas sensações dos tempos atuais. Em épocas onde a própria complexidade da sociedade era diminuta e onde o pouco domínio do Homem sobre a natureza justifica inseguranças e incertezas as possibilidades de risco eram muito mais relevantes do que as atuais.<sup>26</sup>

De fato, vários fatores que remontam da Idade Média, as grandes pestes e epidemias são exemplos dos relevantes perigos pelos quais as sociedades da época vivenciavam. No entanto, entende-se que, em termos ecológicos, - e se referindo especificamente não às circunstâncias fáticas, mas aos riscos criados artificialmente pelo homem - após o advento da industrialização, e, principalmente depois da Segunda Grande Guerra e da utilização da bomba atômica, os riscos aos quais o meio ambiente está exposto – e, por conseqüência – a própria Humanidade - não encontra precedentes históricos.

Bello Filho caracteriza a pós-modernidade pela sua insegurança, pela incerteza, em razão do desconhecimento no tempo presente das conseqüências que podem atingir a Humanidade, em razão de atos praticados pelo Homem. O autor afirma que “a sociedade pós-moderna é uma sociedade do risco, na medida em que o discurso que vincula o futuro como conseqüência do presente desenvolve um olhar incerto acerca da relação causa e conseqüência, presente e futuro.”<sup>27</sup> E ainda argumenta que

A pós-modernidade tornou-se um discurso de constatação de um mundo caótico sob a lógica da realização global da igualdade, e obscuro quanto à segurança da ciência infalível. Falibilidade, pobreza e desigualdade, além do risco eterno de um modo de viver pernicioso para os homens e o planeta foram alguns dos legados da modernidade.<sup>28</sup>

Nesse contexto pós-moderno, globalizado e neoliberal, o paradigma tecnológico surge também para definir novos padrões de competitividade entre os países. Caldwell atenta para o fato de que “a tecnologia moderna nas mãos das potências imperialistas foi um instrumento de exploração, que não podia ser transferido para outras mãos exceto sob rigorosa supervisão, com severas restrições e limites.”<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p.156-57.

<sup>26</sup> *Idem*, p.157-58.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>29</sup> CALDWELL, Malcolm. *A riqueza de algumas nações*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p. 108.

O desenvolvimento tecnológico contribui para imprimir um diferencial entre os países e; ainda possui a finalidade de satisfazer as necessidades humanas. Não obstante esse lado positivo do avanço tecnológico, este pode representar, freqüentemente, um risco à saúde e à vida na Terra. Isso porque engenhos são construídos com várias finalidades, dentre as quais a própria destruição da vida, como é o caso das armas nucleares, químicas etc. Além desse aspecto, a tecnologia ainda produz tanto efeitos positivos quanto negativos no meio ambiente, seja minimizando os efeitos da degradação, seja promovendo-a.<sup>30</sup>

Por esses motivos é que alguns autores defendem um maior disciplinamento das inovações tecnológicas pelo Estado, com o intuito de minimizar os riscos negativos trazidos pelas mesmas. Nesse sentido, Derani afirma que

É dever do Estado minimizar os efeitos negativos e os riscos apartados por novas tecnologias direcionadas a resultados privados, fomentando o aumento da vantagem social dentro do lucro privado. O Estado deve disciplinar este desenvolvimento tendo em vista uma economia global, procurando resguardar a competitividade no mercado interno e externo e a utilidade social das inovações.<sup>31</sup>

Quanto ao aspecto ambiental, a tecnologia apresenta duas faces: serve para amenizar os efeitos da degradação e para a evolução de um sistema de gerenciamento ambiental eficiente; por outro lado, constitui um *risco* para a saúde e para o meio ambiente. Com relação a esta última afirmativa, por exemplo, sabe-se muito pouco a respeito do impacto da biotecnologia agrícola no meio ambiente, ou na saúde humana. Sobre esse assunto, Santos afirma que:

Se a produção pode aumentar excepcionalmente, fá-lo-á à custa da biodiversidade. Se plantas e animais podem ser sujeitos à engenharia genética para se tornarem mais resistentes às doenças, à seca, ou aos herbicidas, isso é no fundo um incentivo a tolerar e até a promover a degradação ecológica. Mas o aspecto mais saliente da biotecnologia agrícola do ponto de vista das relações Norte/Sul é que ela certamente agravará tanto a sobreprodução do Norte como a subprodução do Sul. A grande novidade da biotecnologia é que ela é levada a cabo por grandes empresas multinacionais que sujeitam as patentes às descobertas biotécnicas e que, por isso, privam dos seus benefícios todos os que não puderam pagar os direitos autorais (*royalties*).<sup>32</sup>

Nesta oportunidade, cita-se a Revolução Verde, ocorrida a partir da década de sessenta, que compreendeu a inserção de sementes de alta produtividade desenvolvidas em laboratórios, para a produção de cereais. Em princípio, a técnica parecia ser um sucesso, todavia, por se basear em premissas e expectativas falsas, causou problemas alimentares na

<sup>30</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 66.

<sup>31</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 178-179.

<sup>32</sup> Santos, Boaventura, *op. cit.*, p. 292.

população mundial, problemas que provocaram, *exempli gratia*, efeitos colaterais imprevistos decorrentes da hibridação, do uso excessivo de fertilizantes, entre outros.<sup>33</sup>

Assim, entende-se que os recursos tecnológicos, apesar de muitas vezes atenuarem ou reduzirem os efeitos nocivos ao meio ambiente, são incapazes, de forma isolada, de resolverem os atuais e gravíssimos problemas ambientais. Além disso, é importante destacar que os *milagres da tecnologia* são utilizados com grande maestria no âmbito político; e cita-se o exemplo das tentativas da Casa Branca norte-americana em subverter o que a ciência informa sobre mudanças climáticas. Sobre esse ponto, segundo o jornal *The Observer*, o presidente Bush insiste que os Estados Unidos conseguirão resolver qualquer problema climático com uma boa dose de alta tecnologia americana e, para justificar a sua posição, o presidente promoveu até mesmo a distorção de resultados de pesquisas que fossem contrárias às políticas governamentais.<sup>34</sup>

Hoje se vivencia a chamada *globalização dos riscos* de origem antrópica, algo que há algumas décadas atrás era impensável. Alguns fatores são apontados como os grandes responsáveis pela proliferação de riscos e, entre eles, está a produção em massa, e o constante incentivo ao consumo desenfreado e desnecessário. Exemplo disso é o elevado padrão de consumo existente nos países desenvolvidos, ignorando-se, dessa forma, a dinâmica dos recursos naturais disponíveis no planeta. O problema é que, se antigamente o consumo estava mais atrelado à satisfação de necessidades básicas, hoje, em determinadas classes, existe um consumo infrene e desnecessário, que promove um distanciamento da *possibilidade* de uma política de sustentabilidade ecológica.

No contexto de uma sociedade pós-moderna caracterizada como uma sociedade de consumo, Bello Filho diz que “isto não implica apenas em dizer que na sociedade atual os homens consomem. Significa dizer que o consumo está na base da estrutura social e persiste de forma tão fundamental a ponto de caracterizá-la de forma diferente das sociedades dos antepassados.”<sup>35</sup>

Sabe-se que hoje é ecologicamente inviável a adoção pelos países em desenvolvimento do consumismo desfrutado nos países desenvolvidos. A generalização do consumo seria insustentável sob o ponto de vista físico, levando-se em conta o efeito degradante no meio ambiente causado pelas atividades produtivas no âmbito econômico.

---

<sup>33</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 69.

<sup>34</sup> MCKIE, Robert; TOWNSEND, Mark. Nosso Mundo. Aquecimento? Não vi. (The Observer) Documentos revelam manobras do governo Bush para omitir evidências do efeito estufa na reunião do G 8. In: Revista Carta Capital de 29 de junho de 2005. p. 64-65.

<sup>35</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 152.

Assim, conclui-se que o capitalismo consumista não é universalizável, pois do contrário superar-se-ia os limites de sustentabilidade ecológica, produzindo-se conseqüências extremamente negativas para os seres vivos. Sobre esse ponto, Gordillo comenta que

M. K. Gandhi, quando o perguntaram sobre a independência da Índia, se esta atingiria no futuro os níveis britânicos, respondeu: “A Grã-Bretanha precisou apropriar-se da metade dos recursos do planeta para alcançar sua prosperidade atual; quantos planetas precisaria um país como a Índia?” A conclusão implícita nesta resposta vale para todo o mundo pobre.<sup>36</sup>

Nesse sentido, Furtado assevera que se o desenvolvimento econômico chegasse aos povos dos países em desenvolvimento, “[...] a pressão sobre os recursos não renováveis e a poluição do meio ambiente seriam de tal ordem (ou, alternativamente, o custo do controle da poluição seria tão elevado) que o sistema econômico mundial entraria necessariamente em colapso.”<sup>37</sup> É por isso que o estilo de vida adotado por países desenvolvidos sempre será privilégio de uma minoria da população do planeta. Isso não só em função do próprio sistema de capitalismo industrial que promoveu, e continua mantendo, uma divisão internacional do trabalho, das exportações; mas também pelo fato de que o aumento excessivo do consumo levaria a uma degradação de tal nível que a terra viraria um caos.

Tendo em vista os Estados, que seguem ávidos perseguindo o seu objetivo maior, ou seja, o desenvolvimento - é importante destacar o aspecto da sustentabilidade ecológica nesse projeto da totalidade dos países do Globo. Assim, no que diz respeito ao problema ambiental atrelado ao consumo, sugere-se que a palavra *necessidade* inserida no conceito de desenvolvimento sustentável seja entendida como aquela que visa ao atendimento das funções básicas de cada indivíduo, e não àquelas criadas pela propaganda, pela mídia que, fatalmente, leva ao consumo excessivo de bens. Isso porque, a produção mercadológica chegou a um ponto, onde algumas pessoas compram produtos absolutamente desnecessários ou supérfluos, se essa necessidade for vista dentro de padrões éticos de sustentabilidade.

Morin tratando da noção de desenvolvimento difundida pelo planeta, afirma que

A noção de desenvolvimento, tal como se impôs, obedece à lógica da máquina artificial e a difunde pelo planeta. Acredita-se racionalizar a sociedade em favor do homem, racionaliza-se o homem para adaptá-lo à racionalização da sociedade. [...] As finalidades do desenvolvimento dependem de imperativos éticos. O econômico deve ser controlado e finalizado por normas antro-po-éticas. A verdadeira finalidade

<sup>36</sup>GORDILLO, José Luis. Crítica Del “Estado homogéneo universal”. *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Curitiba, n. 17, ago., 2000. p. 124, Tradução nossa. (M. K. Gandhi, cuando le preguntaron si tras la independencia de la India, ésta alcanzaría en el futuro los niveles de vida británicos, respondió: ‘Gran Bretaña necesitó apropiarse de la mitad de los recursos del planeta para alcanzar su prosperidad actual; ¿cuántos planetas necesitaría un país como la India?’. El conclusión implícita en esta respuesta vale para todo el mundo pobre.)

<sup>37</sup>FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 10-11.

do desenvolvimento deveria ser “viver melhor”, viver com compreensão, solidariedade, compaixão, sem ser explorado, insultado, desprezado.<sup>38</sup>

O problema do consumismo - praticado geralmente pelas populações dos países desenvolvidos e pelas elites dos países em desenvolvimento – está também ligado ao crescimento populacional. De acordo com Czapski, a população mundial já ultrapassa 6 bilhões de habitantes, onde um terço desta população está fora do mercado de consumo; e, ainda assim, a população não abre mão de consumir o máximo, num tempo em que se sabe que a Humanidade ultrapassou a capacidade de suporte do planeta.<sup>39</sup>

Um outro elemento significativo para o retrato da pós-modernidade e da sociedade de risco é o desempenho, nas últimas décadas, das chamadas transnacionais. Estas empresas promovem a seleção dos locais mais vantajosos para desenvolver as suas atividades, se beneficiando da mobilidade crescente dos processos de produção, podendo facilmente pôr em concorrência dois ou mais Estados, ou duas ou mais regiões dentro do mesmo Estado, no que tange às condições de localização e investimento por parte da empresa. Aqui, o ponto fundamental é que entre partes com poder tão desigual, atores globais *versus* atores nacionais, a negociação não pode deixar de ser desproporcional. Sobre esse assunto, Chossudovsky adverte que

Num sistema que gera superprodução, as corporações internacionais e as sociedades mercantis só podem “expandir” seus mercados solapando ou destruindo concomitantemente a base produtiva doméstica dos países em desenvolvimento, por meio da desorganização e aniquilamento da produção local destinada ao mercado interno. A expansão das exportações desses países baseia-se na diminuição do poder de compra interno. A pobreza é um item introduzido no lado da oferta.<sup>40</sup>

Quanto ao aspecto ambiental, pelo fato de as transnacionais geralmente instalarem-se onde lhes oferecem condições mais propícias a uma maior obtenção de lucro, isso traz conseqüências drásticas acerca do problema da crise ecológica. Lang *et al* ao se referirem ao comportamento dessas empresas, destacam que

Companhias transnacionais européias produzem e comercializam os pesticidas filipinos há muito proibidos na Europa; os fabricantes de automóveis e de mobílias deslocam-se ao México para escaparem aos custos da legislação ambiental dos seus países, enquanto envenenam os lençóis freáticos e os rios do México; as empresas

<sup>38</sup> MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra pátria*. Porto Alegre: Sulina, 1995. p. 95; 113.

<sup>39</sup> CZAPSKI, Silvia. A Raiz do Problema: o mundo dos negócios preocupa-se cada vez mais com a melhor forma de usar os recursos naturais e com a inclusão de comunidades carentes no mercado consumidor. (Especial Desenvolvimento Sustentável) In: Revista Carta Capital de 20 de julho de 2005. p. 43-45.

<sup>40</sup> Chossudovsky, *op. cit.*, p. 12.



madeireiras japonesas desflorestam os países do Pacífico de uma forma que seria inimaginável no Japão.<sup>41</sup>

Todavia, é importante ressaltar que as companhias transnacionais estabelecem uma relação muitas vezes paradoxal com relação às normas ambientais. Isso porque elas nem sempre optam por se adequarem às normas internacionais mais rígidas, apesar do seu suporte tecnológico. Por vezes elas defendem normas mais exigentes com o propósito de excluir as pequenas e médias empresas da concorrência externa. Os governos dos países que acolhem tais empresas devem desenvolver mecanismos de controle efetivo de suas atividades. Esse controle seria exercido em assuntos relacionados às normas de caráter ambiental, social, fiscal, no sentido de que nenhum privilégio deve ser concedido as mesmas em detrimento das empresas nacionais.<sup>42</sup>

Normalmente a doutrina argumenta que os países centrais - detentores de avançado poder tecnológico - já praticam política preventiva na gestão dos riscos. Contudo, vale lembrar que estes países são os principais responsáveis por uma das causas mais relevantes na produção dos mesmos: o consumismo infrene. Numa outra perspectiva, os países periféricos, como o Brasil, ainda estão concentrados em assuntos de origem sócio-econômica como a miséria, a fome, a violência urbana generalizada e incontrolável (sem precedentes), tratando as questões ambientais ainda de forma não efetiva.

Isso se agrava pelo fato de que, além de não tratar de forma adequada as questões ambientais - em função das próprias questões implícitas ao subdesenvolvimento, - os países em desenvolvimento ainda são palco de crescente propagação de riscos e perigos, por serem destinatários dos meios *sujos* de produção e comercialização como, v.g., a instalação de fábricas poluidoras (transnacionais ou nacionais), experiências químicas e biológicas, estabelecendo-se, dessa forma, as atividades *sujas* o mais distante possível dos países de origem (desenvolvidos).

Atualmente, as empresas, transnacionais ou não, precisam levar em consideração as questões ambientais, pois estas podem trazer sérios problemas financeiros para os agentes poluidores. Cita-se, por exemplo, a grande queda nas ações da Petrobrás, na época dos desastres ambientais em 2000, além dos investimentos necessários para tentar recompor o

---

<sup>41</sup> LANG, Tim; HINES, Colin. *O novo protecionismo: protegendo o futuro contra o comércio livre*. Tradução por Elisabete Nunes. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 70.

<sup>42</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 178.

meio ambiente e a imagem da empresa.<sup>43</sup> O fato é que os resultados das degradações por vezes resultam em perdas de valor para as empresas degradadoras.

No que afeta aos danos ambientais, um dos grandes problemas é que certas ações intentadas ao meio ambiente podem ter o caráter de *irreversibilidade*. O que ocorreu no passado na Mata Atlântica, e o que está ocorrendo agora na Amazônia é um exemplo desse fato. No âmbito econômico, os problemas ambientais são caracterizados como *externalidades*, isto é, divergências entre o que um agente econômico paga por produzir e os efeitos ambientais que causa seu produto ou seu processo produtivo.

A economia, de uma forma geral, considera os recursos naturais como inesgotáveis. Nestes termos, uma indústria que libera os seus detritos (produtos químicos) nos cursos d'água, apresenta um comportamento que não enseja custo para o seu empreendimento, mas produz custos para terceiros afetados como, *v.g.*, pescadores que têm perdas em seus pesqueiros; moradores locais que consomem água contaminada e que dispõem recursos com tratamento médico, entre outros. Assim, Serrano Moreno explica que os custos privados normalmente diferem dos custos sociais porque “um recurso que está sendo usado e abusado não é possuído pela pessoa que infringe danos ao recurso.”<sup>44</sup>

Bello Filho entende que a pós-modernidade não comporta a preservação ambiental, já que o neoliberalismo e, conseqüentemente, o mercado vêem o ambiente apenas como condição da produção e do lucro. Ele afirma que “o próprio direito é lido através da sua análise econômica. É na contemporaneidade que o mundo se vê mais ameaçado. É nos tempos que correm que a sociedade é mais poluente e o direito ambiental se torna menos eficaz na preservação da natureza.”<sup>45</sup>

A solução sugerida para esse problema seria uma “compreensão moderna de direito como categoria dogmática”, a fim de se afirmar o direito ao ambiente, e a conseqüente proteção do meio ambiente na pós-modernidade. Esta teria como condição o fortalecimento do Estado, já que se vive numa sociedade individualista e excludente. O autor assinala que

Políticas de condicionalidades impostas de cima para baixo aos países emergentes, sem atenção ao fato de a liberação competitiva de mercados somente ser vantajosa para indústrias e mercados sólidos, causam desajustes econômicos, miséria, pobreza e desvantagem para as economias menores, embora causem sucesso e riqueza para as sociedades mais evoluídas.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Czapski, *op. cit.*, p. 48.

<sup>44</sup> SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología y Derecho: principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Granada-Espana: Ecomares, 1992. p. 91.

<sup>45</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p.18-19.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 19; 110.

Além disso, a ação do Estado teve importância crucial para o início do processo de desenvolvimento dos países hoje considerados desenvolvidos: primeiro por estabelecer uma proteção dos seus interesses na época contra as outras potências rivais; e, segundo, por utilizar suficiente poder militar e influência diplomática para garantir o livre acesso econômico em todo o mundo.<sup>47</sup> Sobre esse ponto, Bello filho argumenta que

As grandes economias nunca utilizaram para si o remédio que aplicam aos países em desenvolvimento, e de certa forma não há indício real e concreto de que o modelo ofertado venha a gerar algo diferente a não ser miséria, dependência, enriquecimento de uma classe minoritária e lucro para bancos e empresas multinacionais.<sup>48</sup>

Interessante observar o discurso de algumas instituições internacionais que defendem um meio ambiente equilibrado e sadio, mas, por outro lado, também pleiteiam em favor, de forma obstinada, pela liberalização comercial, entre outras diretrizes neoliberais, como se esses dois objetivos fossem perfeitamente compatíveis. Neste ponto, Caubet assinala que

Por ser financeiramente total e economicamente global, o mundo também é ecologicamente letal. O atual estado do meio ambiente, em âmbito planetário, é consequência de uma cultura que ignora a raiz dos problemas e que não abre espaço, ou muito pouco, à percepção das inúmeras dimensões da crise. A obsessão do lucro é o parâmetro mais relevante das relações internacionais, quer na paz, quer na guerra. Não é, portanto, de se estranhar muito que os setores da atividade econômica que menos se sujeitam a normas, sejam os das finanças e do comércio.<sup>49</sup>

É por esse motivo que os mercados não podem substituir a atuação do Estado, já que aqueles não têm como finalidade a solução dos problemas sociais, visando especificamente a obtenção do lucro, este característico de sua atividade. Nesse sentido, Bello Filho afirma que “a pobreza, a tristeza, a fome e a guerra são apenas componentes necessários ou desnecessários de um objetivo maior: o lucro.”<sup>50</sup> De acordo com o autor, na pós-modernidade o Estado perdeu suas preocupações coletivas, passando a defender prerrogativas pessoais e a liberdade irrestrita, em detrimento da igualdade. Houve a perda do sentido coletivo mediante o abandono dos espaços públicos, num processo de hipertrofia das empresas e atrofia do Estado. Assim, as empresas passaram a desvalorizar o Estado, desmontando a sua função social, além do estabelecimento de uma responsabilização mínima no que tange aos interesses neoliberais. Deste modo, a sociedade pós-moderna seria

---

<sup>47</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 58.

<sup>48</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p.114-15.

<sup>49</sup> CAUBET, Christian Guy. A irresistível ascensão do comércio internacional: o meio ambiente fora da lei? *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*. Curitiba, n.17, ago. 2000. p. 238.

<sup>50</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 111-12.

caracterizada como uma “sociedade não estatal”, da “não participação” e da “não ocupação dos espaços públicos”, tratando-se de uma omissão propositada, a fim de se excluir estes últimos.<sup>51</sup>

Com relação aos problemas ambientais, no modelo ecoliberal de defesa do meio ambiente, o Estado não deve intervir nas questões mercadológicas, ficando também de mãos atadas com relação às questões ambientais ligadas ao mercado. Por isso, acredita-se que essa solução não é a mais apropriada para os reais e sérios problemas causados pelo mercado ao meio ambiente. Todavia, este é o modelo atualmente adotado pela maioria das nações do mundo, onde são incorporadas políticas legislativas de caráter ecoliberal. Neste modelo, a proteção ambiental seria confiada aos indivíduos que fazem parte das decisões do mercado, o que dificultaria ainda mais a internalização dos custos ambientais, por simples falta de compulsoriedade por uma instituição superior.<sup>52</sup>

O fato é que, provavelmente, os detentores dos meios de produção, como o responsável ou dono de uma empresa, por exemplo, não teriam repentinamente um acesso de senso ético-ambiental, abrindo mão de parte dos seus lucros, e investindo em tecnologias caras para a preservação do meio em que ele vive. A prática demonstra que isso realmente não acontece. Exemplo dessa tendência são as transnacionais, que mesmo dispondo de recursos financeiros para investirem em tecnologias limpas, preferem instalar-se, não em seus países de origem (desenvolvidos), mas em países onde as legislações ambientais, bem como as fiscalizações são menos rígidas (países em desenvolvimento).<sup>53</sup>

O sistema econômico precisa ser visto exatamente como ele é: um sistema aberto que se vale dos recursos naturais para manter-se e desenvolver-se. A entropia - fundamentada na segunda lei da termodinâmica - demonstra a irreversibilidade dos processos, pois a energia mecânica é sempre dissipada sob a forma de calor, e este calor (energia) não pode ser completamente recuperado. Por isso, alguns estudiosos utilizam a metáfora de que “o mundo está deixando de funcionar, e finalmente acabará parando”, já que a energia livre de um sistema só poderá ser consumida, não podendo ser aumentada ou reproduzida. De uma forma mais simplificada, os processos econômicos utilizam recursos naturais como matéria-prima, essa matéria-prima é transformada e, num último momento, transforma-se em lixo.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Idem, p. 118-20.

<sup>52</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 83

<sup>53</sup> Idem, p. 83-84.

<sup>54</sup> Aqui, se faz uma ressalva às energias denominadas “alternativas” como aquelas que utilizam o vento (eólica) e o sol (solar) etc.

Uma alternativa para esse problema, segundo Serrano Moreno, seria confiar ao Estado - mediante uma planificação pública e adaptação do sistema jurídico - as questões relativas ao meio ambiente. Haveria, assim, a internalização dos custos sócio-ambientais por esta via, bem como o pagamento pelas externalidades negativas já produzidas. O sistema jurídico ambiental teria a função de corrigir as eventuais falácias do mercado; e no momento em que os interesses privados sobrepuserem-se aos interesses comuns na esfera ambiental, o Direito asseguraria a sustentabilidade ecológica. A planificação pública teria o escopo de garantir uma alocação racional e sustentada dos recursos naturais, a fim de inibir aos agentes degradantes do mercado, e impor um limite à degradação ecológica desenfreada.<sup>55</sup>

Certamente, o Estado não é uma instituição perfeita, possui suas limitações, e não é seguro esperar que a solução para o atual problema ecológico venha somente dele. Os diversos setores da sociedade, como Universidades, organizações não governamentais, corporações de profissionais, sindicatos etc., devem se fazer ouvir para que as necessidades urgentes venham a ser atendidas. Para a elaboração das normas jurídicas, e também para a fundamentação das decisões administrativas, todos os setores sociais devem estar representados para que assim se tenha uma visão geral, e não compartimentada, dos problemas relativos ao sistema econômico/meio ambiente.

Quanto ao sistema jurídico, este deverá ser adaptado às atuais necessidades de proteção ambiental, promovendo uma revisão no processo de produção econômica e impondo-lhe limites de sustentabilidade ecológica. Na opinião de May:

[...] normas de comportamento econômico referente ao uso dos recursos podem ser definidas mediante índices de importância relativa aos ecossistemas em questão e do grau de viabilidade de reverter as decisões uma vez tomadas. Índices agregados da saúde ou integridade do ecossistema servem como base de mensuração da sua importância e viabilidade técnica e econômica da restauração das funções ecológicas perdidas, para medir a reversibilidade relativas das modificações induzidas pelo homem. A demarcação das fronteiras da fragilidade e importância do ecossistema, na aplicação de diferentes normas, deve basear-se nas negociações dentro da sociedade, no que diz respeito aos fatos e valores em questão, ou seja, na política.<sup>56</sup>

Sobre a questão da política, como espaço de negociações sociais, Bello Filho, afirma que “[...], uma das mais marcantes características da pós-modernidade é o abandono da

<sup>55</sup> Serrano Moreno, *op. cit.*, p. 247-248. Nestes termos, o autor comenta que “(...) nosotros los modernos – en nuestra cultura de la libertad – nos resistimos a la planificación pública. Nuestros referentes culturales igualitarios nos advierten del riesgo de las sociedades planificadas, la subordinación – aunque consista en sometimiento a un programa de supervivencia de la especie – nos parecerá reprochable.”

<sup>56</sup> MAY, Peter H. Avaliação integrada da economia do meio ambiente: propostas conceituais e metodológicas. In: ROMEIRO, Ademar Ribeiro *et al.* *Economia do meio ambiente: teoria, políticas e a gestão de espaços regionais*. Campinas: UNICAMP, 1996. p. 58.

seara política por parte da sociedade, que traz consigo a perda de importância e de efetividade das decisões públicas e políticas.”<sup>57</sup> Por isso, o autor entende que não se pode mais falar em políticas públicas tendentes a resultados democráticos, igualitários ou mesmo libertários, pois hoje prevalecem atitudes privadas ou desejos individuais que não representam a coletividade como um todo, num processo em que o poder desloca-se do espaço público para o espaço privado.<sup>58</sup>

Bello Filho conclui que “o homem da modernidade é um homem atrelado ao seu lugar, ao espaço físico onde a sua sociedade se desenvolveu. O homem pós-moderno é virtual, é desatrelado de conceitos e de idéias como as de território.” Ele fala em “virtualização do espaço” e “desconsideração do território” como possibilidades inacessíveis e indisponíveis para aqueles adstritos às suas existências locais, afastados dos progressos da ciência, da virtualidade, das informações; numa pós-modernidade onde as distâncias diminuíram, as pessoas se desligaram da política, além de restarem destituídas dos benefícios que a ciência e a tecnologia produziram.<sup>59</sup>

Por outro turno, no que afeta especificamente à busca do progresso técnico e, sobretudo, na crença cega nesse processo como a grande cura para todos os males da atual sociedade, destaca-se que, - com a universalização de tal progresso, crítica pública e investigação (anti) científica - aquele processo deixa o que Beck chama de estado de *latência*, adquirindo um novo sentido nas discussões sociais e políticas.<sup>60</sup> Assim, a universalização dos riscos e a sua evidenciação pela elevação do *véu de latência*, proporcionada por uma crítica que desconfia da *certeza* científica, inicia um processo que poderá levar a um *novo* sistema social com características adequadas para administrar a *nova sociedade de risco*.

Ressalta-se que os riscos ecológicos não estão adstritos a determinada classe ou camada da população. Tratam-se de riscos globalizados, que avançam as fronteiras dos Estados nacionais, e promovem ameaças na mesma proporção, ou seja, globais ou, no mínimo, regionais. Isto é o resultado de uma globalização que estabeleceu uma nova dinâmica, não só para os ecossistemas, mas para as sociedades nos âmbitos político, econômico e social. Além disso, Ulrich Beck aponta como característica da sociedade do risco o *efeito bumerang*, que significa a propagação generalizada dos perigos como, por exemplo, os agrotóxicos adquiridos em mercados do primeiro mundo e utilizados nas plantações em países periféricos - exportadores de produtos agrícolas (primários) - que são

<sup>57</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 121.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 28-29.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 145-46.

<sup>60</sup> BECK, Ulrich. *A sociedade do risco: face a uma nova modernidade*. Barcelona: Paidós, 2001. p. 19.

reenviados aos países desenvolvidos sob a via da exportação de tais produtos contaminados/envenenados.

De acordo com Bello Filho, as razões que levaram ao esvaziamento da tríade política/Estado/espço público relacionam-se ao fato de a globalização ter libertado o poder de seus limites territoriais, levando os fluxos de poder além dos Estados, ou seja, o poder ultrapassou fronteiras, se mediatizou. Mas a política restou fixada aos limites do Estado, ligada aos espaços públicos (vazios). Isso teria ocasionado um mal-estar caracterizado pelo medo, frustração, angústia e insegurança; já que a sensação de segurança liga-se à idéia de comunidade, de espaço público construído para a consecução de objetivos comuns e para a proteção da sociedade. Assim, o papel do Estado, como realidade ou ficção, dotava a sociedade de sensação de segurança porque ele controlava ou era o próprio poder.<sup>61</sup>

Ante o exposto, a sociedade de risco - e todas as conseqüências que a sua estrutura e organização produzem - precisa ser evidenciada de forma ampla, ou seja, há a necessidade de se informar a sociedade sobre a existência dos riscos,<sup>62</sup> e a potencialidade dos danos, criando-se as condições para que se possa, de forma democrática, definir o nível de risco aceitável socialmente. É, deste modo, necessário tornar mais transparente e participativo o processo de decisão, e buscar a implementação de uma política nacional de prevenção ou precaução com relação aos danos ambientais.

As escolhas científicas devem ser legitimadas por meio da participação dos cidadãos, nos moldes do sistema do Estado de Direito, onde o direito à informação apresenta-se como um pressuposto da participação, sobretudo nos casos em que a sociedade como um todo será exposta ao risco como, por exemplo, nos casos de experiências com plantas geneticamente modificadas, que atualmente entram no mercado para serem consumidas sem os devidos esclarecimentos aos destinatários.

Como solução prática para limitar a extensão dos danos, e para realizar as melhores escolhas com relação às novidades técnico-científicas na sociedade de risco,

---

<sup>61</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 132-33.

<sup>62</sup> Quanto à caracterização do risco, Leite e Ayala observam que: “para realizar com alguma objetividade essa função, o Direito do Ambiente deve levar em consideração as características do risco ambiental, que poderiam ser agrupadas em torno de nove, a saber: 1. ignorância do mecanismo ou processo pelo qual deve ser admitido que é limitado e insuficiente o estado atual do conhecimento sobre como o risco se efetiva, comportando a produção ou reprodução das situações de *anonimato*; 2. a probabilidade dos custos catastróficos, oriunda da ignorância sobre o funcionamento dos mecanismos de produção dos riscos; 3. os benefícios podem ser bastante modestos; 4. a probabilidade do conhecimento e previsão do desfecho catastrófico é bastante baixa; 5. transferência interna de benefícios em associação com os riscos; 6. transferência externa de custos; 7. a probabilidade acentuada do risco coletivo simultâneo; 8. a latência do risco, que projeta os efeitos ou retarda sua produção, se conhecida ou ignorada, no espaço e no tempo; 9. a irreversibilidade.” In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 164-65.

Hermitte sugere a implementação de instituições que avaliem e vigiem permanentemente o espaço da natureza, os conhecimentos e as técnicas. Este trabalho seria realizado, *v.g.*, por comissões e institutos especializados, com total autonomia/independência de escolha para hierarquizar os interesses. A autora comenta que, atualmente, existe a tendência de que tais tarefas sejam realizadas separadamente das administrações centrais, por meio de agências públicas que funcionam sob a tutela de ministérios, mantendo, por conseguinte, sua independência com relação ao Estado e às empresas privadas.<sup>63</sup>

Hermitte ainda destaca que a independência das agências deverá ser reforçada pela sua submissão a diversos ministérios, para que se possa evitar a pressão dos *lobbies* unilaterais. Além disso, seria necessário prestar atenção quando à nomeação dos membros, como são conduzidas as carreiras, bem como a relação dos peritos com a indústria, entre outras precauções. Nesse processo, após a avaliação do risco pela agência, o poder político (Administração Pública), numa decisão discricionária, decidiria o nível de risco aceitável para a sociedade.<sup>64</sup>

Esse esquema político de conciliação de interesses sugerido pela autora poderia - numa perspectiva democrática que privilegie o direito à informação e à participação - envolver representantes da comunidade, como indivíduos ou associações, que teriam, com isso, a possibilidade de atuar na defesa do meio ambiente preventivamente, e não apenas por meio de propositura de ações ambientais.

Neste ponto, destaca-se a importância do princípio da precaução, indicado quando há um risco para a saúde ou vida humanas. Este princípio está previsto na Declaração do Rio, Princípio nº. 15, e estabelece que “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”<sup>65</sup> Aqui a precaução é em relação ao *risco* de danos graves ou irreversíveis, objetivando-se estabelecer a segurança diante da probabilidade de perigo.

Destaca-se, o fato de que o princípio em questão proclama que a *ausência de absoluta certeza científica* não deve servir de obstáculo para a adoção de medidas tendentes a prevenir a degradação ambiental. Ocorre que, uma das características da sociedade de risco é

<sup>63</sup> HERMITTE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias *et al.* *Governo dos riscos: Rede Latino-Americana – Européia sobre Governo dos Riscos*. Brasília: UNICEUB, 2005. p. 31-33.

<sup>64</sup> Hermitte, *op. cit.*, p. 33-35.

<sup>65</sup> BRASIL. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Relatório da Delegação Brasileira/Divisão do Meio Ambiente do Ministério das Relações Exteriores. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1993. p. 142. Grifo nosso.



que estes são produzidos cientificamente, ou com o aval da própria ciência. Sem tirar os méritos do princípio da precaução, deve-se revelar esse caráter cartesiano, que embute a idéia de que a *certeza científica* seria o ideal para a adoção de medidas ambientais preventivas, mesmo que o princípio represente uma arma ou um instrumento nas questões onde a incerteza científica possa impedir medidas de prevenção ou precaução na defesa do meio ambiente.

A respeito do princípio da precaução, Derani defende que, partindo-se da premissa de que o mencionado princípio representa a busca da proteção da existência humana, considera-se não apenas o *risco iminente* de uma determinada atividade, mas também os *riscos futuros* advindos de empreendimentos humanos, pois estes riscos não podem ser compreendidos de forma exata no atual estágio de desenvolvimento da ciência.<sup>66</sup> Isso porque um dos grandes obstáculos para o estabelecimento de ações concretas, no sentido de adoção de uma política preventiva de diminuição dos riscos é que estes possuem o caráter de *invisibilidade*, ou apresentam uma porção *irreal*. Neste sentido, Beck comenta que

Em contraposição à evidência palpável das riquezas, os riscos têm algo de irreal. Num sentido central, são ao mesmo tempo reais e irrealis. De um lado, muitos perigos e destruições já são reais: águas contaminadas e moribundas, a destruição da floresta, novas doenças etc. De outro lado, a autêntica pujança social do argumento do risco reside na projeção de ameaças para o futuro.<sup>67</sup>

Partindo-se da idéia de que estamos vivenciando uma crise ecológica, uma sociedade caracterizada por muitos como uma *sociedade pós-moderna e de risco*, é fundamental o diagnóstico de tal situação, mas sobretudo a determinação de soluções viáveis e reais. A preservação ou a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser efetiva, por meio de ações práticas, a fim de que o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil não se torne mais uma norma inócua, destituída de eficácia social ou respeitabilidade no plano dos fatos.

Os riscos e perigos presentes nas sociedades atuais requerem medidas ou ações urgentes de caráter preventivo e repressivo. A sociedade deve assumir *novos* contornos ou diretrizes a fim de se maximizar a segurança de uma forma geral. Nesse sentido, Ayala apresenta o que ele nomeia de “agenda de ações e aspectos reputados relevantes para a organização da compreensão social e institucional das novas relações de risco,” e propõe, pertinentemente, que: deve-se admitir que os riscos não podem ser compreendidos integralmente pela ciência; os riscos apresentam-se de forma complexa, híbrida e composta,

---

<sup>66</sup> Derani, *op. cit.*, p. 167.

<sup>67</sup> Beck, *op. cit.*, p. 39.

dificultando a sua especificação; e que eles ainda exigem soluções de governabilidade democrática, processos públicos, e otimização da capacidade de decisão dos cidadãos.<sup>68</sup>

Sobre esse ponto, Morin argumenta que “a questão “o que é a ciência?” não tem resposta científica. A última descoberta da epistemologia anglo-saxônica afirma ser científico aquilo que é reconhecido como tal pela maioria dos cientistas.”<sup>69</sup> Deste modo, não existiria nenhum método objetivo para se considerar ciência como objeto de ciência, e o cientista, sujeito. Para o autor, o problema da consciência, no sentido de responsabilidade, supõe a reforma das estruturas do próprio conhecimento. Ele conclui que

Assim, o problema não tem solução, atualmente. Então, só nos resta atualmente uma coisa: resistir aos poderes que não conhecem limites e que já, em grande parte da terra, amordaçam e controlam todos os conhecimentos, salvo o conhecimento científico tecnicamente utilizável por eles, porque esse, precisamente, está cego para suas atividades e para seu papel na sociedade, está cego para suas responsabilidades humanas.<sup>70</sup>

Alguns autores como Ayala entendem que o Direito ambiental deve conferir as condições jurídicas necessárias para a concretização da efetiva proteção do meio ambiente. No âmbito da sociedade pós-moderna e, mais especificamente, na sociedade do risco, o Direito ambiental poderá servir de veículo para a promoção da ética coletiva, ou mais especificamente pelo estabelecimento de uma ética ecológica perdida com o processo de globalização. Aqui, Menezes comenta que o estudo do Direito ambiental apresenta-se como pré-concepção de que a segurança é uma meta que dificilmente será conquistada, pois segurança e controle pressupõem incertezas e problemas e, analisando a sociedade de risco, verifica-se que a segurança apresenta-se como um fim quase impossível, e as soluções deverão estar direcionadas para uma melhor convivência com as situações de riscos.<sup>71</sup>

Canotilho assinala que o Direito ambiental deverá regular as novas situações de risco, com o propósito de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo-se uma *ecologização do direito*, sem necessariamente promover uma *juridicização da ecologia*. Assim, deve-se primar pela visão ecocêntrica, com o propósito de que o homem possa realizar o equilíbrio ecológico no âmbito de *todos* os seres vivos, mesmo porque, a relação de interdependência dos diversos sistemas e subsistemas ecológicos se

<sup>68</sup> AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 254-55

<sup>69</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 119.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 122-23.

<sup>71</sup> Menezes, *op. cit.*, p. 127-30.

relacionam com fins de estabelecimento daquele equilíbrio.<sup>72</sup> De outro vértice, Bello filho afirma que

Na pós-modernidade, a hipertrofia do mercado procura dissolver esta hegemonia do Estado e do seu direito, buscando alternativas de imposição de regras de conduta que não são jurídicas. [...]. A ineficácia dos sistemas jurídicos em tempos de privatização dos espaços e de fenecimento das grandes narrativas (o direito é uma narrativa) é a grande conclusão a que se chega quando da observação das mudanças que assolam a sociedade em tempos de transição.<sup>73</sup>

O autor entende que atualmente existe um déficit de normatividade, ocultado por um discurso ineficaz, onde é impossível a aplicação do Direito a todos (igualdade) e universalmente. A alternativa viável seria a “construção de um discurso jurídico emprestado da modernidade”, numa contraposição ao discurso pós-moderno, a busca das conquistas e das experiências da modernidade. Nestes termos, ele defende que

[...] o discurso jurídico necessário para os embates da pós-modernidade excludente e neoliberal não é o do fim do Estado, ou do Estado mínimo, mas aquele que se apóia no fortalecimento do Estado como fonte de poder jurídico. É através do Estado que poderá ser possível uma contraposição ao mercado, e uma construção de um discurso mais igualitário. Isto implica no reconhecimento da dogmática como veio condutor para um discurso jurídico com normatividade.<sup>74</sup>

Nesse trabalho de “revitalização do discurso jurídico pós-moderno”, Bello filho sustenta ser necessário um resgate dos direitos fundamentais como categorias dogmáticas, além da preocupação com objetos contemporâneos do Direito como, por exemplo, o ambiente. O autor entende que este é um dos objetos de maior agressão levada a efeito pelo mercado, mas que o Direito pode preservá-lo, por meio de uma estratégia jurídico-dogmática, ou seja, pela própria utilização dos direitos fundamentais. Por fim, ele afirma que “como garantias contra-majoritárias os direitos fundamentais são o braço do direito do Estado na defesa do ambiente de quem não possui participação no espaço público e nem inserção na engrenagem econômica para fazer valer seus desejos de viver em um mundo ambientalmente melhor.”<sup>75</sup>

Por seu turno, Caubet critica o Direito no sentido de afirmar que este não supre a impotência das vítimas, mas se esforça para justificar a atividade de risco, subtraindo as conseqüências para o autor do dano. Isso seguiria a lógica de privatizar os *bons* resultados e

<sup>72</sup> Termos utilizados por Canotilho na seguinte obra: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da Ecologia ou ecologização do direito. In: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. N. 4, dez. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 72.

<sup>73</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 159-60.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 160-62.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 163-64.

socializar os *efeitos nocivos*, um resultado do processo de globalização, ou seja: a substituição e a supressão das construções jurídico-normativas tradicionais, que garantiam as perdas provocadas por iniciativas alheias. O autor ainda denuncia que, no contexto da sociedade de risco, há um desinteresse em se identificar os *tipos*, no sentido tradicional de tipo penal, o que, se fosse realizado, estabeleceria um conjunto de relações com conseqüências previsíveis, e facilitaria a responsabilização do agente causador do dano.<sup>76</sup>

Apesar de se reconhecer a lógica da privatização dos bons resultados e a socialização dos efeitos nocivos, fato realmente característico da sociedade brasileira - como, por exemplo, a instalação de empresas transnacionais poluidoras que obtêm privilégios para poluir - não se pode concordar que o Direito ambiental confira, de regra, condições para a não responsabilização dos agentes poluidores ou produtores de riscos. Ao contrário, o Direito ambiental evoluiu como nenhum outro ramo do Direito nas últimas três décadas, e o problema concentra-se muito mais na sua efetividade do que propriamente no estabelecimento de normas de proteção.

Evidentemente, o sistema jurídico brasileiro apresenta muitas deficiências de caráter estrutural entre outras, fato este que se estende para os demais ramos do Direito e não somente à órbita do Direito ambiental. Este, por sua vez, somente poderá ser realizado com a anteriormente referida *participação* da sociedade no processo de escolhas que afetarão a sociedade como um todo; além do pressuposto de uma estrutura educacional e judiciária compatíveis com o nível de sustentabilidade ecológica proposto no art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal de 1988 conferiu competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para combaterem a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI). Estabeleceu, ainda, a competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, para exercerem o controle da poluição (art. 24, VI). Além dessas competências, o princípio da precaução ainda está implícito no art. 225, § 1º, V e VII, dispositivos estes que demonstram a preocupação com a prevenção do risco do dano ao meio ambiente. Deste modo, o Estado brasileiro desenvolveu alguns instrumentos, inserindo-os no âmbito constitucional, para que ele mesmo e a coletividade possam *administrar* os riscos, de modo a garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

---

<sup>76</sup> CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias *et al.* *Governo dos riscos: Rede Latino-Americana - Européia sobre Governo dos Riscos*. Brasília: UNICEUB, 2005. p. 52-55.

Uma outra característica atribuída por Ulrich Beck à sociedade de risco é que esta seria uma sociedade das catástrofes, já que nela, o estado de exceção e ameaça converter-se-ia em estado normal. O autor adverte que “os perigos das forças produtivas muito desenvolvidas química e atômica suprimem as bases e categorias com as que temos pensado e atuado até agora: espaço e tempo, trabalho e tempo livre, empresa e Estado nacional, incluindo os limites entre blocos militares e continentes.”<sup>77</sup>

Essa nova situação social deve ser encarada pelo Direito de maneira séria e pró-ativa, posto que, como bem destaca Machado, “o risco na produção (da energia nuclear, por exemplo), na comercialização, no emprego de técnicas (como a biotecnologia) e de substâncias (como agrotóxicos) tem que ser controlado pelo Poder Público (art. 225, § 1º, V).”<sup>78</sup> Assim, não só o Poder Público, mas este e a coletividade têm o dever de promover a proteção ambiental.

Mas a realidade prática do gerenciamento dos riscos no Brasil ainda é considerada precária e pouco efetiva. Albuquerque informa, por exemplo, que no País não existe análise de risco em relação à indústria química, sendo que o risco químico só aparece como manifestação acidental, consequência danosa, ou seja, é usualmente tratado como acidente. A autora cita também a falta estrutura, aliada ao despreparo do Poder Público no tratamento das situações de risco como, *v.g.*, no caso da unidade de abastecimento de combustíveis da Shell em São Paulo (Vila Carioca) que apresentou problemas de contaminação, foi interditada pela Prefeitura por falta de licença, mas obteve liminar judicial autorizando o seu funcionamento.<sup>79</sup>

De fato deve haver uma preparação dos profissionais do Direito, sobretudo dos juízes, a fim de se conferir maior efetividade às normas ambientais. O Poder Judiciário representa instituição fundamental na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que sem a sua boa atuação, a Administração como um todo fica sem controle externo no que afeta a legalidade dos seus atos, e o Direito ambiental em várias oportunidades não se realiza. Além de uma ação coordenada dos entes federativos na proteção do meio ambiente, dever-se-ia, por exemplo, promover a divulgação dos riscos (informação), e a negociação dos limites ou níveis de riscos de danos que a sociedade se propõe a suportar, representando, dessa forma, o exercício das responsabilidades compartilhadas nas questões ambientais.

---

<sup>77</sup> Beck, *op. cit.*, p. 28; 87.

<sup>78</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 123.

<sup>79</sup> ALBUQUERQUE, Letícia. *A convenção de Estocolmo sobre poluentes orgânicos persistentes*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. p. 98.

Com relação à questão da responsabilidade na sociedade de risco, Caubet chama a atenção para o exemplo da MP nº. 131, publicada no DOU de 16/12/2003, que estabelece normas para o plantio e a comercialização de soja transgênica da safra 2003/04, e que teve o parágrafo - que responsabilizava as companhias detentoras da tecnologia da semente de soja por eventuais danos ao meio ambiente e a terceiros - vetado pelo presidente da República. Neste caso, Caubet afirma que

[...], a supressão da obrigação de indenizar, de garantir contra o risco constitui uma nova modalidade de desapropriação dos não-detentores do capital e de ampliação da natureza do capital. A concentração do capital também vai efetuar-se pelo fato dele diminuir as oportunidades em que ele seria desperdiçado em indenizações.<sup>80</sup>

Neste caso, a sociedade de risco conceitualmente seria composta por uma dimensão de irresponsabilidade estrutural e estruturante das relações sociais. O autor ainda atribui como consequência da noção de sociedade de risco, a idéia de catástrofes tão amplas que impossibilitam a indenização das vítimas ou a restituição à situação anterior, com a provocação de danos imensos, difusos e cumulativos, com a naturalização do risco que agora seria considerado imanente às relações sociais. Em razão da amplitude das consequências, não haveria como indenizar os prejuízos decorrentes das atividades de risco. A *necessidade* de certas atividades, bem como a impossibilidade de responsabilização dos autores no caso de eventuais danos seriam postulados pela ideologia dominante, e o progresso prevaleceria desconsiderando-se as consequências, por mais nocivas que pareçam, ou mesmo que se tenha o exato conhecimento. A responsabilização estaria comprometida por fatos *ilegítimos*, de natureza política, onde as soluções normalmente são lentas, até que se atinja uma norma de conduta de caráter jurídico. Por isso, sem ação política rotineira (exercício da cidadania) haveria cada vez mais riscos e menos garantias.<sup>81</sup>

Pelo exposto, verifica-se um exemplo da supressão da obrigação de indenizar em casos de eventuais danos ao meio ambiente e a terceiros (plantio e comercialização de soja transgênica). Esse exemplo serve de alerta para estudiosos do Direito ambiental e para toda a sociedade, acerca da possibilidade de perda de direitos e garantias já adquiridas no âmbito da legislação pátria que, por sua vez, possui um sistema de responsabilização nos âmbitos civil, criminal e administrativo considerado eficiente, ao menos no plano teórico.

Contudo, entende-se que os textos que tratam da sociedade de risco representam também uma *denúncia* da existência dos mesmos, bem como do aumento das proporções das

<sup>80</sup> CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico, *Op. cit.*, p. 43-45.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 46-55.

catástrofes que não podem ser negadas ou ocultadas. Dessa forma, os estudos realizados sobre aquela sociedade servem de ponto de partida para que - ao contrário da supressão de garantias - ocorra o desenvolvimento de técnicas que previnam ou reprimam as atividades geradoras de riscos potenciais inadmissíveis socialmente.

Para que isso ocorra, é necessário, como dito anteriormente, maior divulgação (informação), ou diagnóstico da situação atual. Também seria pertinente a criação de instituições que avaliem e fiscalizem as atividades de potencial impacto significativo no meio ambiente, inclusive as que envolvem o conhecimento técnico/científico. Esse trabalho deverá ser realizado por comissões especializadas (agências públicas), com total autonomia/independência das administrações centrais (Estado) e das empresas privadas, uma idéia que se admite ser de difícil implementação na prática, justamente pelo fato de (teoricamente) não abrir possibilidades de defesa de interesses privados ou de grupos.

Além disso, o trabalho em questão deverá levar em consideração os mais variados setores sociais, realizando-se, na prática, os princípios da informação e participação pública, a fim de se conferir maior legitimidade democrática ao projeto. Mas o grande dilema apresentado na sociedade do risco envolve, de um lado, a contenção dos mesmos e, de outro, a continuidade do desenvolvimento. Todavia, neste caso, é fundamental que se estabeleça a seguinte questão: que tipo de desenvolvimento deve ser almejado por um Estado? Quais os valores caracterizados como fundamentais em determinada sociedade?

Enquanto não se responde a estas questões, há certo consenso de que é importante a identificação dos responsáveis pela produção de *danos ambientais*, sejam eles potenciais ou consumados, a fim de que se imponha um limite *razoável* à degradação do meio ambiente. Neste caso, Canotilho destaca que se deve afastar as soluções radicais ou extremas, pois um Estado de ambiente puro conduziria ao *ecoxiismo*, podendo-se privilegiar a defesa do meio ambiente à custa de pobres famélicos. Por outro lado, uma política de *livre disposição de bens*, além das propostas de externalização de custos ambientais, traduziriam a intenção de continuidade de se dispor livremente de bens comuns, exterminando os recursos naturais em nome do progresso. Aqui, a sugestão seria um Estado de direito do ambiente pautado em experiências históricas, e de acordo com a complexidade do mundo.<sup>82,83</sup> O constitucionalista

<sup>82</sup> Canotilho, J.J.G. Juridicização da Ecologia ou ecologização do direito. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>83</sup> Canotilho afirma que: Se, como salientou Al Gore, alguns milhões de metros cúbicos de terra estão hoje irreversivelmente nos fundos marítimos do Golfo do México, em virtude da exploração capitalista dos solos, também não é menos certo que nos ex-países coletivistas - da R.D.A à U.R.S.S., passando pela América - o obsolescimento industrial conduziu a catástrofes ecológicas devastadoras. Não existem, pois, instrumentos totalizantes para a edificação de um Estado de direito de ambiente. In: *Idem*, p. 74.

português ainda defende que se deve privilegiar o *associativismo ambiental*, já que as associações ambientalistas procuram um tipo de democracia

[...] onde se reúne o *phatos* da democracia dos antigos com o *ethos* da democracia dos pós-modernos. Democracia dos antigos porque a defesa do ambiente recolhe as concepções antigas dos direitos como pretensões ao restabelecimento de uma ordem natural que o homem não pode subverter; Democracia dos pós-modernos porque se trata de combater o espírito projectante, iluminista e conquistador dos sujeitos totalitários da história.<sup>84</sup>

Leite e Ayala argumentam que a realização da democracia ambiental, não pode ser efetivada por meio de comportamentos juridicamente vinculados a esquemas de racionalidade regulatória, e fundados em juízos de certeza, determinação absoluta e previsibilidade. Um novo modelo de Estado deve ser desenvolvido para que se possa garantir maior segurança numa sociedade atualmente caracterizada por sérios riscos à qualidade de vida e, à própria vida dos seres vivos.<sup>85</sup> Sobre esse ponto, Cavedon comenta que

A Democracia Ambiental tem como foco a distribuição equitativa de poder de participar e influenciar os processos decisórios de ordem ambiental, os quais se processam através de um sistema de solidariedade e de responsabilidade compartilhada entre o Estado e a Sociedade na gestão do bem ambiental comum.<sup>86</sup>

Destarte, a sociedade do risco/pós-moderna apresenta-se como uma realidade inegável que precisa ser tratada pelo Direito, a fim de que este promova a regulação das situações potenciais de riscos não admitidos pela sociedade. A Administração Pública em geral deverá estar comprometida com o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, que zele por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mesmo que os seus agentes (incluindo aqui os integrantes do governo) cumpram apenas os seus deveres e obrigações estabelecidas legalmente e constitucionalmente, ou seja, realizem *o mínimo* no exercício da função ou na ocupação do cargo pelo qual foram admitidos.

Importa destacar que nada disso terá a eficácia pretendida, pelo menos na sua integralidade, se os cidadãos não gozarem de direitos outros como, por exemplo, educação, saúde, informação etc., que lhes dará condições de exercer plenamente a cidadania ecológica em benefício das gerações presentes e futuras. Por isso, as mudanças que deverão ser realizadas no atual modelo de Estado brasileiro devem ser sistêmicas, ou seja, mudanças

<sup>84</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>85</sup> Leite; Ayala, *op. cit.*, p. 354.

<sup>86</sup> CAVEDON, Fernanda de Salles. *Renovação do sistema jurídico-ambiental e realização do acesso à justiça ambiental pela atividade criadora no âmbito da decisão judicial dos conflitos jurídico-ambientais*. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí, 2006. p. viii-ix.



conjuntas e nos diversos níveis (político, jurídico, econômico, social etc.), privilegiando-se mais as *ações*, do que as *promessas* de um mundo melhor, conferindo-se, dessa forma, maior efetividade às normas jurídicas e, conseqüentemente, aumentando a qualidade de vida dos cidadãos.

Finalmente, no próximo subitem tratar-se-á da proposta de um modelo de Estado de Direito Ambiental, sob uma perspectiva sistêmica, Estado este fundamentado em princípios que têm o propósito de apresentar à *sociedade de risco* algumas respostas e soluções para os problemas que lhe são inerentes. Este *novo* modelo de Estado surge justamente num momento em que o Estado Democrático de Direito apresenta sérias dificuldades em gerir seus assuntos de caráter sócio-ambiental.

## 1.2 Estado de Direito Ambiental: Uma perspectiva sistêmica

A Teoria dos Sistemas começou a ser desenvolvida na década de 20, e obteve destaque com a obra *Teoria Geral dos Sistemas*, do biólogo alemão Ludwig Von Bertalanffy, publicada em 1968. Esta teoria trabalha em nível de *organização*, onde há a definição dos elementos do sistema que, por sua vez, seguem uma lógica preestabelecida. Trabalha-se ainda, neste caso, com elementos que caracterizam um sistema, como, por exemplo, *entradas*, *saídas*, *realimentação* etc.<sup>87</sup> Bertalanffy dedicou-se a substituir os fundamentos mecanicistas da ciência pela visão holística,<sup>88</sup> e procurou estabelecer uma teoria geral dos sistemas sobre uma base biológica. Capra comenta que

Uma vez que os sistemas vivos abarcam uma faixa tão ampla de fenômenos, envolvendo organismos individuais e suas partes, sistemas sociais e ecossistemas, Bertalanffy acreditava que uma teoria geral dos sistemas oferecia um arcabouço conceitual geral para unificar várias disciplinas científicas que se tomaram isoladas e fragmentadas: [...].<sup>89</sup>

No que concerne à visão holística, esta parte da idéia de interdependência entre o homem e seu meio. Fagúndez explica que “o holismo traz uma visão integral da homem e busca, sobretudo, o resgate da concepção ética.” Ele afirma que “é uma visão na qual,

<sup>87</sup> Ver: CAPRA, Fritjof. *A teia da Vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

<sup>88</sup> CREMA, Roberto. *Introdução à visão holística: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma*. São Paulo: Summus, 1989. Sobre o assunto, o autor diz o seguinte: “A visão holística, postulada desde 1980 pela psicóloga francesa Monique-Thoenig, é produto de um saber do novo paradigma holístico. Esse paradigma, que surge como resposta à crise global da consciência humana, dividida e exilada de ‘Holos’, sustenta o substrato de uma verdadeira mutação de consciência que transcorre, atualmente, nas mais diversas localidades do globo terrestre. Representa, em última instância, o surpreendente encontro entre ‘ciência’ e ‘consciência’.” p. 15.

<sup>89</sup> CAPRA, Fritjof. *A teia da Vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p. 55.

paradoxalmente, não só as partes de cada sistema se encontram no todo, mas em que os princípios e leis que regem o todo se encontram em todas as partes.”<sup>90</sup> O autor ainda destaca que

O que quer o holismo, em síntese, é derrubar as fronteiras que separam as ciências e reunificar o conhecimento. Trata-se de um meio imprescindível para que se tenha uma nova concepção do Direito, vale dizer, de considerar o sistema jurídico como um sistema interdependente dos demais. Em verdade, repensar o Direito significa repensar a sociedade. Libertar o Direito dos compartimentos que lhe foram impostos significa libertar a sociedade dos paradigmas preestabelecidos.<sup>91</sup>

De outro vértice, em crítica ao holismo, Morin argumenta que este depende do mesmo princípio simplificador que o reducionismo, ou seja, adota a idéia simplificada do todo e redução do todo. Também a teoria dos sistemas tenderia a trilhar caminhos reducionistas, simplificadores. O autor se opõe à idéia de teoria geral ou específica dos sistemas, no sentido de que um paradigma sistêmico deveria estar presente em todas as teorias, ignorando-se os campos de aplicação aos fenômenos. Para ele, o holismo só abrange uma visão parcial, unidimensional, simplificadora do todo, fazendo da idéia de totalidade uma idéia à qual se reduzem as outras idéias sistêmicas, o que, ao contrário, deveria ser uma idéia confluyente.<sup>92</sup>

Morin defende a idéia de um conceito não totalitário de sistema, além de uma não hierarquia com relação ao todo, ou seja: um “conceito complexo da *unitas multiplex*, aberto às politotalidades”. Nestes termos, o ele afirma que

O paradigma de simplificação holística conduz a um funcionamento neototalitário e integra-se adequadamente em todas as formas modernas de totalitarismo. Conduz, em todo o caso, à manipulação das unidades em nome do todo. Pelo contrário, a lógica do paradigma de complexidade não só vai no sentido de um conhecimento mais “verdadeiro”, mas também incita à procura de uma prática e de uma política complexas; [...]. A problemática do sistema não se resolve na relação todo-partes, e o paradigma holista esquece dois termos capitais: interações e organização. As relações todo-partes devem ser necessariamente mediadas pelo termo interações. Esse termo é tão importante quanto a maioria dos sistemas é constituída não de “partes” ou “constituintes”, mas de *ações* entre unidades complexas, constituídas, por sua vez, de *interações*.<sup>93</sup>

Segundo Morin, uma *teoria* não se confunde com conhecimento, já que ela permite o conhecimento. E não se apresenta como uma solução, mas como uma possibilidade de tratar um problema, realizando o seu objetivo mediante a atividade mental do sujeito. Já o

<sup>90</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade. Fagúndez. São Paulo: LTr, 2000. p. 52.

<sup>91</sup> Idem, p. 53.

<sup>92</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 257-59.

<sup>93</sup> Idem, p. 264.

*método* representa a atividade reorganizadora necessária à teoria.<sup>94</sup> O autor entende que não há ciência pura; e afirma que “o conhecimento navega em um mar de incerteza, por entre arquipélagos de certeza, e deve detectar isso que chamo de dialógica certeza-incerteza, separação-inseparabilidade. Este é o problema-chave para a reforma do pensamento, [...]”<sup>95</sup>

No entanto, o fato e Morin sustentar em sua crítica que as *relações* todo-partes devem ser necessariamente mediadas pelo termo *interações*, não desqualifica de modo algum o pensamento holista ou a teoria sistêmica, já que tais interações restam perfeitamente intrínsecas às relações entre o todo-partes e mesmo entre todo-todo, ou seja, entre sistemas diferenciados. Quanto à observação acerca de que a maioria dos sistemas é constituída não de “partes” ou “constituintes”, mas de *ações* entre unidades complexas (constituídas de *interações*), não é necessário – mesmo no âmbito do holismo, ou da teoria dos sistemas - que se negue as referidas *ações* entre unidades complexas, já que o holismo focaliza o todo em cada parte de cada sistema, além de princípios e leis que regem o todo e que estão presentes em todas as partes e, neste caso, tanto as ações quanto a complexidade das unidades não merecem e nem precisam ser descartadas.

Ademais, o holismo objetiva promover uma interação ou reunificação do conhecimento, em oposição do reducionismo ou fragmentação do mesmo, reforçando a questão da interdependência entre os diversos sistemas. Quando Morin afirma que “uma teoria não se confunde com conhecimento, pois ela permite o conhecimento”, atenta-se para o fato de que é justamente esta a finalidade da teoria dos sistemas: permitir o conhecimento, a pesquisa, o funcionamento de dado sistema. A respeito da idéia de uma “não hierarquia com relação ao todo”, em termos de sistema jurídico-ambiental, por exemplo, seria difícil sustentar essa premissa, isso porque tal sistema é claramente hierarquizado.

Por isso, apesar do profundo respeito acerca das idéias do autor em questão, entende-se que tais críticas ainda são insuficientes para destituir a credibilidade da teoria dos sistemas ou mesmo do pensamento holístico. De fato, o que elas fazem é promover um aperfeiçoamento dessas idéias, já que mais se completam/aperfeiçoam do que se contradizem.

Um *sistema*, de acordo com Bunge,

É um objeto complexo cujos componentes estão ligados entre si, de maneira que (a) qualquer mudança em um dos componentes afeta os outros e, com isso, todo o sistema; e (b) o sistema possui propriedades que seus componentes não possuem, entre elas a de se comportar como um todo em relação a outros sistemas.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> Ibidem, p. 335-40.

<sup>95</sup> MORIN, Edgar *et al.* *O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999. p. 30-31.

<sup>96</sup> BUNGE, Mário. *Ciência e desenvolvimento*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1980. p. 41.

Além disso, o autor afirma que “um sistema é *conceitual* se é composto por objetos conceituais; por exemplo, uma teoria é um sistema conceitual. E um sistema é *concreto* (ou material) se todos os seus componentes são concretos; por exemplo, uma sociedade é um sistema concreto.”<sup>97</sup>

O meio ambiente apresenta-se como um conjunto de elementos (ecossistemas) que apresentam vínculos ou relações que se desenvolvem, se transformam ao longo dos tempos. Michel Prieur - tendo em vista a complexidade dos elementos que compõem o ambiente, assim como a dependência mútua dos seus elementos – assinala que numerosos autores vieram a utilizar o método sistemático para melhor estudar o meio ambiente. O autor explica que “Um sistema é caracterizado por um conjunto de elementos, a existência de relações entre si e o caráter globalizante (ou de unidade organizada) do todo. O ambiente engloba não somente os elementos físicos mas também os elementos culturais e sociais, o direito necessariamente envolvido.”<sup>98</sup> Prieur ainda destaca que

As vantagens que resultam de uma construção sistemática do direito ambiental se apóiam sobre a informática jurídica, seriam de melhor integrar a preocupação ambiental no conjunto do sistema jurídico, de eliminar as contradições e os duplos empregos entre regras jurídicas concorrentes, de permitir abordagens horizontais além das categorias verticais dos meios ou as espécies que compõem o ambiente, melhor hierarquizar os diferentes níveis de organização e de coerência (internacionais, comunitárias, nacionais, regionais) garantindo ao mesmo tempo a autonomia necessária destes níveis, de valorizar o conceito de recursos naturais ou “de bens ambientais” como patrimônio comum e facilitar assim a elaboração de um código do ambiente que tem-se tornado o resultado indispensável do desenvolvimento atual do direito do ambiente.<sup>99</sup>

Os *critérios do pensamento sistêmico*,<sup>100</sup> apresentados resumidamente, são os seguintes: 1) *mudança das partes para o todo*: os sistemas vivos são totalidades integradas, suas propriedades essenciais são propriedades do todo, que nenhuma das partes possui. As

<sup>97</sup> Idem.

<sup>98</sup> PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2004. p. 11, tradução nossa. (Un système se caractérise par un ensemble d'éléments, l'existence de relations entre eux et le caractère globalisant (ou d'unité organisée) de l'ensemble. Si l'on retient dans l'environnement non seulement les éléments physiques mais aussi les éléments culturels et sociaux, le droit est nécessairement concerné.)

<sup>99</sup> PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2004. p. 11, tradução nossa. (Les avantages qui résulteraient d'une construction systémique du droit de l'environnement s'appuyant sur l'informatique juridique, seraient de mieux intégrer le souci d'environnement dans l'ensemble du système juridique, d'éliminer les contradictions et les doubles emplois entre règles juridiques concurrentes, de permettre des approches horizontales au-delà des catégories verticales des milieux ou des espèces qui composent l'environnement, de mieux hiérarchiser les différents niveaux d'organisation et de cohérence (international, communautaire, national, régional) tout en garantissant l'autonomie nécessaire de ces niveaux, de valoriser le concept de ressources naturelles ou «biens environnement» comme patrimoine commun et de faciliter ainsi l'élaboration d'un code de l'environnement devenu l'aboutissement indispensable du développement actuel du droit de l'environnement.)

<sup>100</sup> Capra, *op. cit.*

propriedades essenciais surgem das relações de organização das partes; 2) *capacidade de deslocar a própria atenção de um lado para com outro entre níveis sistêmicos*: no mundo vivo há sistemas aninhados dentro de outros sistemas, com isso pode-se obter grandes intuições, reconhecendo que diferentes níveis sistêmicos representam níveis de diferente complexidade; 3) a mudança das partes para o todo pode ser vista como uma mudança de objetos para relações, onde estas últimas são fundamentais; 4) *o pensamento do mundo vivo como uma rede de relações*: a metáfora do conhecimento como um edifício é substituída pela de rede, onde a realidade é percebida como uma rede de relações, nossas descrições também formam uma rede interconectada de concepções e de modelos, na qual não há fundamentos; 5) *a epistemologia, a compreensão do processo de conhecimento, precisa ser incluída na descrição dos fenômenos naturais*: no paradigma cartesiano acredita-se que as descrições são objetivas, ou seja, independentes do observador humano e do processo de conhecimento. No novo paradigma, o que se chama de rio depende das percepções.

Por seu turno, Canaris atribui a todas as definições de *sistemas* as características de ordenação e unidade. Estas mantêm estreita relação de intercâmbio, permanecendo, contudo, separadas. Segundo o autor, com a *ordenação*, pretende-se exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Já com a *unidade*, objetiva-se modificar o que resulta da ordenação, a fim de não se permitir uma dispersão de singularidades desconexas, reduzindo-as em alguns princípios fundamentais.<sup>101</sup>

No que concerne ao sistema jurídico, Canaris afirma que a ordem interior e a unidade do Direito “são bem mais de que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia”. De acordo com o autor,

[...] se elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito. Assim, a exigência de “ordem” resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar “consequentemente” os valores encontrados, “pensando-os, até ao fim”, em todas as consequências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, - ou, por outras palavras: estão adstritos a proceder com adequação.<sup>102</sup>

Luhmann, por sua vez, adota a teoria ou o conceito de sistema auto-referente. Esta teoria provém da cibernética, tendo aplicações nas neurociências. Tal sistema apresenta em sua constituição uma diferenciação com relação ao seu entorno, por isso, chama-se de sistema

<sup>101</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12-13.

<sup>102</sup> Idem, p. 18.

auto-referente e autopoietico. Neste ponto é que o autor introduz alguns elementos da teoria da autopoiese, construída pelos biólogos chilenos H. Maturana e F. Valera.<sup>103</sup>

De acordo com Luhmann, a auto-referência representa a *unidade*, que é alcançada apenas por meio de uma operação relacional, como algo que deva ser construído, não configurando algo preexistente no indivíduo. Ele afirma que “um sistema pode denominar-se auto-referente quando ele mesmo constitui os elementos que dão forma como unidades de função, e quando todas as relações entre estes elementos vão acompanhadas de uma indicação até a auto-constituição, reproduzindo-se deste modo a auto-constituição permanentemente.”<sup>104</sup> O conceito de condicionamento apresenta-se como ponto central da teoria dos sistemas luhminiana, já que nela os sistemas não são simples relações entre elementos, mas devem se regular de alguma forma, e esta regulação utiliza a forma básica de condicionamento.<sup>105</sup>

Luhmann esclarece que o conceito de *limitação imanente* diz respeito à complexidade interior não disponível para o sistema que possibilita, por sua vez, sua capacidade de unidade. Assim, a *complexidade* é algo que se auto-condiciona, pois os elementos devem constituir-se de modo complexo para poder funcionar como unidade nos níveis superiores da formação de sistemas, e a sua capacidade de interconexão também fica limitada. Deste modo, a complexidade se reproduz em cada nível de formação do sistema; e esta auto-referência da complexidade se internaliza como auto-referência dos sistemas. A complexidade significa, então, obrigação à seleção, e esta significa contingência, e contingência significa risco.<sup>106</sup>

No que afeta à complexidade, cabe destacar a idéia de Edgar Morin acerca do *paradigma de simplificação*, conceituado como um “conjunto dos princípios de inteligibilidade próprios da cientificidade clássica, e que, ligados uns aos outros, produzem uma concepção simplificadora do universo (físico, biológico, antropossocial).” E o *paradigma de complexidade*, descrito como um “conjunto dos princípios de inteligibilidade que, ligados uns aos outros, poderiam determinar as condições de uma visão complexa do universo (físico, biológico, antropossocial).”<sup>107</sup>

<sup>103</sup> IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: La urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1990. p.18-19.

<sup>104</sup> Luhmann, *op. cit.*, p. 89-91, tradução nossa. (Un sistema puede denominarse autorreferente cuando él mismo constituye los elementos que le dan forma como unidades de función, y cuando todas las relaciones entre estos elementos van acompañadas de una indicación hacia esta autoconstitución, reproduciéndose de esta manera la autoconstitución permanentemente.)

<sup>105</sup> Luhmann, *op. cit.*, p. 64-65.

<sup>106</sup> Idem, p. 69.

<sup>107</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 330.

Morin explica que a complexidade não deve ser concebida como receita ou resposta, mas como um desafio, ou ainda como uma motivação para pensar, sendo hostil à ordem e à clareza, apresentando-se como uma investigação viciosa da obscuridade. A aspiração à complexidade levaria tendenciosamente ao conhecimento multidimensional, não comferindo todas as informações sobre dado fenômeno, porém respeitando suas diversas dimensões, já que o homem é um ser biológico-sociocultural, e os fenômenos sociais são, simultaneamente, econômicos, culturais, psicológicos etc. E, nesse contexto de multidimensionalidade, o pensamento complexo comportaria internamente um princípio de incompletude e de incerteza, onde a desordem e o acaso estariam presentes no universo, e em atividade na sua evolução. A incerteza trazida pela desordem e pelo acaso seriam irresolúveis.<sup>108</sup>

A complexidade ainda atrairia a *estratégia*, e só esta permitiria progredir no incerto e no aleatório. A estratégia responde à incerteza dos movimentos do “inimigo”, além de conferir respostas acerca do que pensa; ela seria uma arte na utilização das informações que aparecem na ação, na elaboração de esquemas de ação, a fim de se agrupar o máximo de certezas para se enfrentar a incerteza. Nesse cenário, deve-se aprender a pensar conjuntamente ordem e desordem, trabalhar com o acaso por meio da estratégia, pois a ciência que está sendo elaborada aplica-se ao diálogo cada vez mais rico com a aleatoriedade, onde a *ordem* é relativa e relacional e que a *desordem* é incerta, e que ambas podem representar dois lados do mesmo fenômeno.<sup>109</sup>

Voltando à Luhmann, outra característica do sistema luhminiano é a *autopoiese*. O sistema autopoietico é aquele que tem capacidade para criar sua própria estrutura e os elementos que o constitui, a exemplo dos sistemas vivos. Neste ponto, Izuzquiza comenta que

[...], ao unir a auto-referência – que faz o sistema incluir em si mesmo o conceito de entorno – e a autopoiese – que possibilita ao sistema elaborar, a partir dele, sua estrutura e os elementos de que é composto -, Luhmann possui uma base teórica que aplicará universalmente a sua própria teoria.<sup>110</sup>

Tendo-se em vista estes aspectos destacados do pensamento de alguns autores que tratam da teoria dos sistemas - além de assuntos aqui considerados correlatos como, v.g. holismo e complexidade - questiona-se o que esta teoria, de uma forma geral, poderia

<sup>108</sup> Idem, p. 176-77.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 191; 203.

<sup>110</sup> Izuzquiza, *op. cit.*, p. 19, tradução nossa. (al unir la autorreferencia -que hace al sistema incluir en sí mismo el concepto de entorno- y la autopoiesis - que possibilita al sistema elaborar, desde sí mismo, su estructura y los elementos de que se compone -, Luhmann posee una base teórica que aplicará universalmente a su propia teoría.)

contribuir para o entendimento e realização de um modelo de Estado que tenha como principais objetivos a consecução dos direitos fundamentais e, mais especificamente, a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cientistas e estudiosos vêm utilizando a *teoria sistêmica* para a explicação e estudo de fatos que ocorrem no universo, sempre pensando em termos de *conexidade*, de *relações* e de *contexto*. Assim, pode-se visualizar o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito humano/fundamental, propondo-se soluções no âmbito da sua eficácia, - sempre focalizando os assuntos em termos de conexidade e contexto. Isto porque a questão da *eficácia* do direito aludido envolve as diversas esferas da sociedade, quais sejam: política, social, ambiental e econômica; e por isso os diversos aspectos devem ser analisados de forma a se obter uma maior compreensão e propostas de soluções para os problemas que lhe são inerentes.

Na sociedade contemporânea, pós-moderna, normalmente a economia apresenta primazia quando confrontada por *obstáculos* relativos a princípios de ordem ecológica. O descaso com o direito ao meio ambiente, que possui íntimas relações ou interconexões com o elementar direito á vida, faz com que o próprio meio e a saúde das populações sejam colocadas em sério risco. Este risco antecipa ou alerta para um mal maior, que é a insustentabilidade ecológica e a conseqüente diminuição da qualidade de vida e, por fim, a impossibilidade de sobrevivência em determinados meios sobre-degradados ou sobre-poluídos.

Um dos princípios da teoria sistêmica é a mudança de paradigma *das partes para o todo*, que pode ser vista como uma *mudança de objetos para relações*, onde estas últimas são fundamentais. Deste modo, observar a relação que o homem possui com outros homens e com o seu meio é de crucial para que se desenvolva um estudo de determinado caso; além disso tal relação deve ser contextualizada para, então, obter-se maior clareza quanto ao objeto estudado. Quanto ao princípio da mudança de paradigma *das partes para o todo*, Capra explica que

No velho paradigma, acreditava-se que, em qualquer sistema complexo, a dinâmica do todo poderia ser entendida a partir das propriedades das partes. No novo paradigma, a relação entre o todo e as partes é invertida. As propriedades das partes podem ser entendidas somente a partir da dinâmica do todo. Em última análise, não há partes em absoluto. Aquilo que chamamos de parte não passa de um padrão numa teia inseparável das relações.<sup>111</sup>

<sup>111</sup> CAPRA, Fritjof & STEINDL-RAST. *Pertencendo ao universo: explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade*. São Paulo: Cultrix, 1991. p. 83.



Atualmente, estudiosos da área jurídica vêm traçando os contornos da idéia de construção de um Estado de Direito do Ambiente ou Estado Ambiental.<sup>112</sup> Este *novo* Estado teria as características do atual Estado Democrático de Direito, porém voltado fortemente para alguns aspectos como: cidadania ecológica, princípios relacionados à proteção do meio ambiente entre outros. Canotilho, ao tratar do Estado Constitucional Democrático, afirma que

Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos que distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a *legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político*.<sup>113</sup>

Antes da criação de um Estado de Direito Ambiental, ou no processo de estabelecimento deste, deve-se reforçar a estrutura de um Estado constitucional democrático, reconhecendo-se, sobretudo, a legitimidade dos direitos fundamentais. Aquele modelo de Estado deve assentar-se sob a estrutura do Estado constitucional democrático, mas deve ultrapassá-lo, numa evolução que inclui o respeito às normas ambientais, que representa, ao final, um respeito ao direito fundamental à vida, de modo que este valor, em harmonia com os valores ambientais, tenha lugar de destaque.

A proposta de um Estado de Direito Ambiental se fundamenta na constatação de insuficiência do atual modelo de Estado de Direito, na condução da crise em que o mundo vivencia na atualidade, especialmente quanto aos aspectos ambientais. Partindo dessa premissa, Capella visualiza a necessidade de uma “organização estatal fundada na dignidade dos seres humanos”, onde estaria implícito o respeito à natureza, no sentido de que uma vida digna requereria um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Vicente Capella explica que

Neste marco surge o que temos chamado Estado Ambiental, o qual poderíamos definir como 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.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Quanto à *denominação* deste *novo* modelo de Estado que privilegia os direitos fundamentais e, dentro deles, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, há várias formas de nomeá-lo na doutrina. Assim, Paulo Castro Rangel chama o referido modelo de Estado Ambiental; Canotilho trabalha a idéia de um Estado de Direito Ambiental; nos termos de Rogério Portanova, tratar-se-ia de um Estado de Bem-Estar Ambiental. In: BIRNFELD, Carlos André Sousa. *A emergência de uma dimensão ecológica para a cidadania: alguns subsídios aos operadores jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 210-11.

<sup>113</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 100.

<sup>114</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia: de las razones a los derechos*. p. 248. In: Birnfeld, *op. cit.*, p. 210-11.

Esclarecedora é a definição de Capella, no sentido de afirmar que, no Estado Ambiental, as esferas da sociedade devem se unir para a consecução do bem comum, ou seja: solidariedade econômica e social devem agir conjuntamente na busca do desenvolvimento sustentável. Isto se daria sob o controle do sistema jurídico, que teria o propósito de ajudar a manter a racionalidade na utilização dos recursos naturais, bem como a igualdade substancial entre os cidadãos, e não somente aquela meramente formal.

Canotilho destaca que o Estado de Direito Ambiental estrutura-se, em primeiro lugar, como Estado constitucional, como um Estado de direito democrático e social, mas deve também ser regido por princípios ecológicos. Em segundo lugar, o Estado Ambiental seria aberto a formas novas de participação política sustentadas pela democracia. Isso representaria a base para um desenvolvimento ecologicamente *justo e duradouro*.<sup>115</sup>

Na teoria sistêmica luhminiana, as relações entre os sistemas respeitam a interdependência e o fechamento próprio destes. Esse tipo de relação é nomeada como *interpenetração*. Esta se define como a

[...] operação mediante a qual um sistema põe à disposição de outro a sua própria estrutura para que se possa seguir construindo-se a complexidade que lhe é própria. Deste modo, cada um desses sistemas pode diferenciar sua estrutura em variados subsistemas mediante um processo de diferenciação que enriquece notavelmente o próprio sistema e que é, normalmente, de tipo evolutivo.<sup>116</sup>

De acordo com Luhmann, o sistema apresenta limites. Todavia, ele apresenta relações internas, bem como relações com o seu entorno, isto porque um limite separa elementos, e não necessariamente relações. O autor afirma que “com a ajuda dos limites, os sistemas podem abrir e fechar-se a cada vez, separando as interdependências internas e as interdependências sistema/entorno, e relacionando umas as outras.”<sup>117</sup>

Assim, sistemas auto-referentes são sistemas com a capacidade de estabelecer relações consigo mesmo, e de diferenciar estas relações das relações com seu entorno. Luhmann explica que o conceito de sistema fechado-auto-referente não está em contradição com a abertura ao entorno do sistema. Segundo ele, “[...]; o fechamento de modo operativo

<sup>115</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado constitucional ecológico e democracia sustentada*. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 3-4.

<sup>116</sup> Izuzquiza, *op. cit.*, p. 25, tradução nossa. ([...], operación mediante la cual un sistema pone a disposición de otro su propia estructura para que pueda seguir construyéndose la complejidad que le es propia. Asimismo, cada uno de esos sistemas puede diferenciar su estructura en distintos subsistemas mediante un proceso de diferenciación que enriquece notablemente el propio sistema y que es, ordinariamente, de tipo evolutivo.)

<sup>117</sup> Luhmann, *op. cit.*, p. 79, tradução nossa. (Con la ayuda de los límites, los sistemas pueden abrir y cerrarse a la vez, separando las interdependencias internas de las interdependencias sistema/entorno, y refiriendo as unas a las otras.)

auto-referente representa uma forma de ampliar os possíveis contatos com o entorno; e ao constituir elementos capazes de moldar-se melhor, aumenta a complexidade do possível entorno para o sistema.”<sup>118</sup>

Por seu turno, Canaris, ao transpor a teoria dos sistemas para o sistema jurídico, defende que a *abertura* como incompletude do conhecimento científico contribui para a modificabilidade da própria ordem jurídica. O autor afirma que

A abertura do sistema científico resulta, aliás, dos condicionamentos básicos do trabalho científico que sempre e apenas pode produzir projectos provisórios, enquanto, no âmbito questionado, ainda for possível um progresso, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido; o sistema jurídico partilha, aliás, esta abertura com os sistemas de todas as outras disciplinas.<sup>119</sup>

Canaris entende o sistema jurídico como um sistema aberto. Ele destaca que “isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o ‘sistema objectivo’. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.”<sup>120</sup> Deste modo, a abertura do sistema jurídico não prejudicaria a aplicabilidade do pensamento sistemático na ciência do Direito, podendo haver um partilhamento desta com as demais ciências, já que o Direito seria um fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável.

De outro vértice, Campilongo afirma que “os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados em diversos sistemas parciais.” Estes são, *v.g.*, os sistemas econômico, jurídico e político. Assim, cada sistema parcial possui seu próprio código (comunicativo), suas operações específicas de reprodução, ou seja, seu fechamento operativo e sua abertura ao ambiente. Neste caso, o fechamento operacional seria útil para compreender em que medida a independência do Poder Judiciário e sua neutralização política permitem definir os limites que dividem e distinguem o sistema jurídico e o sistema político; e para explicar como esse Poder encontra condições específicas para reagir, a partir de seu código lingüístico, ao material e às irritações provenientes do ambiente.<sup>121</sup> O autor entende que o sistema jurídico é operativamente fechado e cognitivamente aberto, e explica que

<sup>118</sup> Luhmann, *op. cit.*, p. 97-98, tradução nossa. ([...]; el cierre del modo operativo autorreferente supone más bien una manera de ampliar los posibles contactos con el entorno; y al constituir elementos capaces de determinarse mejor, aumenta la complejidad del posible entorno para el sistema.)

<sup>119</sup> Canaris, *op. cit.*, p. 109.

<sup>120</sup> Idem, p. 281.

<sup>121</sup> CAMPILONGO. Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 66-68.

Os sistemas diferenciados funcionalmente não são compartimentos estanques, ilhados em fortalezas inexpugnáveis, como se a lei ou os Tribunais, por exemplo, pertencessem exclusivamente a um ou outro sistema. A lei é ferramenta do sistema jurídico, mas é também, simultaneamente, instrumento para estratégias políticas, dado para o cálculo econômico e medida para a aferição da escolaridade.<sup>122</sup>

Segundo Campilongo, “insistir na tecla do fechamento operativo dos sistemas não é sinônimo de ignorância do ambiente externo e muito menos de que os sistemas operam na simultaneidade, como destaca Luhmann.”<sup>123</sup> Cavedon, por sua vez, defende

[...] a possibilidade de evolução e renovação do Sistema Jurídico-Ambiental a partir das demandas colocadas pelo Mundo da Vida, configuradas em Conflitos Jurídico-Ambientais que, ao serem incorporados e processados pelo sistema, geram novas informações que “perturbam” o sistema, exigindo uma reação, que pode se dar sob a forma de renovação de seus elementos e/ou incorporação de novos elementos ao seu ambiente interno.<sup>124</sup>

A autora adota uma posição intermediária entre a teoria do sistema jurídico como um sistema aberto e como um sistema autopoietico, no que se refere à natureza do que ela nomeia de sistema jurídico-ambiental, este seria uma espécie de subsistema do sistema jurídico. Nesse sentido, conforme também a posição luhminiana, Cavedon destaca que a influência dos elementos do entorno sobre o interior do sistema jurídico-ambiental não se dá de forma direta, pois não se trata de um sistema totalmente aberto. Ela explica que o sistema-jurídico-ambiental

[...], como um sub-sistema do sistema jurídico, possui linguagem, lógica e forma de operar próprios, através dos quais seleciona e interpreta as informações oriundas do seu meio envolvente e as reconstrói, a fim de que possam ser incorporadas ao sistema e, inclusive, gerar a sua evolução e renovação. [...] Ou seja, as “perturbações” oriundas do entorno são reinterpretadas e reconstruídas a partir da lógica interna do sistema.<sup>125</sup>

Destarte, Cavedon adverte que o sistema jurídico-ambiental não pode ser considerado um sistema aberto, pois ele apresenta algumas características típicas de sistemas autopoieticos, - sobretudo no que tange à relação com seu entorno - e a possibilidade deste exercer influência sobre seu ambiente interno. Esta idéia se aproxima do pensamento de Morin que afirma que, para preservar a sua individualidade e originalidade, um sistema autônomo aberto deve ser concomitantemente fechado. Ele explica que no universo simplificado a porta deve estar aberta ou fechada. Todavia, no universo complexo é

<sup>122</sup> Idem, p. 169.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>124</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. 95.

<sup>125</sup> Idem, p. 95-96.

necessário que um sistema autônomo esteja aberto e fechado ao mesmo tempo, num sistema em que é preciso ser dependente para ser autônomo.<sup>126</sup>

O modelo de sistema fechado-auto-referente autopoiético de Luhmann (que não está em contradição com a abertura ao entorno do sistema); o modelo de sistema (jurídico) aberto defendido por Canaris; o sistema jurídico operativamente fechado e cognitivamente aberto, sustentado por Campilongo; a posição intermediária entre a teoria do sistema jurídico como sistema aberto/autopoiético, de Cavedon, além do sistema autônomo fechado e aberto definido por Morin - pressupõem uma sociedade democrática, para que, por meio da democracia, os direitos fundamentais sejam efetivamente contemplados ou refletidos no sistema como um todo.

A palavra *democracia* comporta várias definições. Trata-se de um conceito aberto que se transforma no decorrer da história da Humanidade. Na sua acepção formal, a democracia normalmente é definida como um regime marcado pelo respeito às leis (princípio da legalidade), onde o poder submete-se ao Direito. Sobre a democracia em seu aspecto formal, Piovesan afirma que “esta concepção acentua a dimensão política do conceito de Democracia, na medida que enfatiza a legitimidade e o exercício do poder político, avaliando quem governa e como se governa. As regras do jogo democrático representam a civilidade da passagem do reino da violência para o da não violência.”<sup>127</sup>

Entende-se por um regime materialmente democrático aquele que além do respeito à legalidade, apóia-se no respeito e defesa dos direitos humanos por meio do exercício da cidadania, na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Aqui, Piovesan observa que não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, pois o pleno e efetivo exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais são pressupostos da democracia.<sup>128</sup> Nestes termos, Bonavides acrescenta que

A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, [...] para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.<sup>129</sup>

<sup>126</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. *Op. cit.*, p. 178-184.

<sup>127</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização In: *Revista Justiça e Democracia*. N. 4. São Paulo: Ateliê Editorial/Associação Juizes para a Democracia, 2001. p. 174.

<sup>128</sup> *Idem*, p. 174.

<sup>129</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 231.

Retornando à caracterização do Estado de Direito Ambiental, este deve ainda ser estruturado numa concepção integrada ou integrativa do ambiente, e num direito integrado do ambiente. Isso significa uma proteção global e sistemática que envolva não só os componentes ambientais naturais, mas ainda componentes construídos ou produzidos pelo homem como a paisagem, o patrimônio construído, a poluição etc. Trata-se de uma ampla concepção do meio ambiente, que envolve vários sistemas como os sistemas físicos, químicos, fatores econômicos, entre outros que, conjuntamente, podem auxiliar no diagnóstico e prevenção da degradação ambiental, e na orientação das políticas adotadas pelos organismos da Administração Pública.<sup>130</sup>

Esta análise sistêmica do meio ambiente se opõe à idéia de compartimentização do conhecimento em categorias estanques e fragmentadas. Na verdade, a teoria sistêmica busca a unificação de diversas áreas, num processo multidisciplinar com o propósito de compreender o universo e suas particularidades. De acordo com Marques,

As contribuições da teoria dos sistemas podem apresentar grandes vantagens. A primeira delas é que seu potencial heurístico<sup>131</sup> estimula a pesquisa e o descobrimento. E acrescenta-se ainda o fato de que a análise sistêmica fornece um conjunto de conceitos e hipóteses que vão sendo validadas pela realidade empírica.<sup>132</sup>

Além da multidisciplinaridade, os diversos setores sociais podem interagir num processo transdisciplinar. Isso porque, segundo Morin, as disciplinas, *v.g.*, tornam-se cada vez mais fechadas, incomunicáveis, fragmentadas, necessitando-se não necessariamente de uma interdisciplinaridade, já que esta exerce o controle das disciplinas assim como a ONU controla as nações, num cenário onde cada disciplina objetiva primeiro fazer valer a sua soberania territorial, e raramente ocorrem algumas trocas. Por isso, seria necessário ir além, ou seja: promover a transdisciplinaridade. Esta permite distinguir, separar, opor, e, portanto, dividir relativamente os domínios científicos, promovendo uma comunicação entre os mesmos, sem cair no reducionismo.<sup>133</sup> Sobre esse ponto, Nicolescu explica que

A Transdisciplinaridade é uma teoria do conhecimento, é uma compreensão de processos, é um diálogo entre as diferentes áreas do saber e uma aventura do

<sup>130</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 7-12.

<sup>131</sup> Entende-se por “potencial heurístico” aquele que conduz à descoberta, à invenção e à resolução de problemas científicos.

<sup>132</sup> MARQUES, Angélica Bauer. A cidadania ambiental e a construção do estado de direito do meio ambiente. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 171.

<sup>133</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. *Op. cit.*, p. 135-38.

espírito. A Transdisciplinaridade é uma nova atitude, é a assimilação de uma cultura, é uma arte, no sentido da capacidade de articular a multirreferencialidade e a multidimensionalidade do ser humano e do mundo.<sup>134</sup>

Segundo o autor, a transdisciplinaridade modifica o nosso olhar sobre o individual, o cultural e o social, fazendo-nos refletir abertamente sobre as culturas presentes e passadas, orientais e ocidentais, com o fim de contribuir para a sustentabilidade do ser humano e da sociedade. A transdisciplinaridade é o que está *entre, através e além* das disciplinas, levando à idéia de transcendência, trazendo, por meio disso, uma contribuição integradora.<sup>135</sup>

Nestes termos, o multicultural e o intercultural não garantiriam a comunicação entre todas as culturas, pois isso pressuporia uma língua universal baseada em valores compartilhados. Já o transcultural fomenta a abertura de todas as culturas em direção a seus pontos em comum e as transcende.<sup>136</sup> Nicolescu ainda afirma que “o multicultural permite a interpretação de uma cultura por outra, o intercultural permite a fertilização de uma cultura por outra e o transcultural assegura a tradução de uma cultura em várias outras culturas, mediante a decifração do sentido que as une e, ao mesmo tempo, vai além delas.”<sup>137</sup>

Anteriormente tratou-se da complexidade das questões humanas, além da existência de interconexões/inter-relações entre tais questões. Evidenciou-se, dessa forma, a crise de percepção que faz com que se tenha um olhar fragmentado da realidade, fracionando-se os problemas, ou seja: simplificando-os de uma forma negativa, já que isso leva a diagnósticos e atitudes equivocadas. No que tange à questão ecológica, Luhmann adverte que

Quem não sabe distinguir entre (o conceito de) sistema e (conceito de) complexidade fecha a porta da problemática ecológica; já que a ecologia tem a ver com a complexidade e não com seu sistema, dado que não está regulada por uma diferenciação própria sistema/entorno. Precisamente nisso reside a dificuldade de compreender, neste caso, a unidade da pluralidade; não se produz como sistema auto-referente, mas só como consequência da observação, ou melhor, da intervenção.<sup>138</sup>

Importante destacar que, de acordo com Campilongo, Luhmann procurou, por meio da sua teoria dos sistemas auto-referentes e autopoieticos, romper com as tradicionais

<sup>134</sup> NICOLESCU, Basarab *et al.* *Educação e transdisciplinaridade*. São Paulo: TRIOM, 2002. p. 9-10.

<sup>135</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 50-68.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>138</sup> Luhmann, *op. cit.*, p. 84, tradução nossa. (La distinción conceptual entre (concepto de) sistema y (concepto de) complejidad es crucial para los siguientes análisis, precisamente porque tratan sistemas complejos. Quien no sabe distinguir entre sistema y complejidad, se cierra la puerta a la problemática ecológica; ya que la ecología tiene que ver con la complejidad y no con su sistema, dado que no está regulada por una diferencia propia sistema/entorno. Precisamente en ello reside la dificultad de comprender, en este caso, la unidad de la pluralidad; no se produce como sistema autorreferente, sino sólo como consecuencia de la observación, o bien de la intervención.)

teorias como, por exemplo, o jusnaturalismo, o positivismo, o sociologismo etc.; já que, para ele, estas teorias não eram suficientemente complexas, sendo incapazes de explicar, a unidade do sistema jurídico; a variabilidade das normas; a normatividade especificamente jurídica; a relação entre Direito e sociedade.<sup>139</sup>

Assim como Canaris, Cavedon entende o sistema jurídico-ambiental como um sistema axiológico-teleológico, tendo como unidade valorativa os princípios estruturantes do direito ambiental. Estes teriam a função de reduzir a complexidade dos conflitos ambientais, garantindo, dessa forma, a ausência de contradições no interior do sistema. Para a autora, o sistema jurídico-ambiental é caracterizado pela ordenação, advinda da ordem teleológica que confere a adequação valorativa e conexão interna dos valores que permeiam aquele sistema.<sup>140</sup>

Cavedon caracteriza o sistema jurídico-ambiental como um sistema dinâmico que apresenta incompletude e modificabilidade, que deve responder às inovações tecnológicas, e demais inovações/informações retiradas de outras áreas do conhecimento, reforçando seu caráter interdisciplinar, adequando-se a toda a complexidade do seu entorno no que se refere ao âmbito ambiental. Trata-se, deste modo, de um subsistema do sistema jurídico, que possui caráter axiológico-teleológico, apresenta as qualidades de ordenação e unidade, e centra-se nos princípios estruturantes do Direito ambiental.<sup>141</sup>

De acordo com Cavedon, o sistema jurídico-ambiental “tem como elementos normas (regras e princípios), instituições, práticas operativas e ideologias jurídicas, apresentando quatro momentos: legislativo, judicial, executivo e científico.” A autora esclarece que aquele sistema é

[...] sensível à complexidade e às “perturbações” oriundas do entorno, tendo como uma das possíveis “entradas” destas informações no seu ambiente interno o próprio momento judicial. Estas influências do seu meio envolvente são capazes de promover alterações no interior do Sistema, no sentido de adequá-lo às transformações processadas no entorno, o que pode promover a sua renovação.<sup>142</sup>

A autora ainda propõe a renovação do referido sistema por meio da atividade criativa e transformadora do Judiciário, na captação de elementos do *mundo da vida*, processando-os na linguagem e na lógica do Direito, inserindo-os no ambiente interno do sistema, num processo sob a égide da justiça ambiental. Esta objetiva a influência de conceitos como, por exemplo, exclusão, racismo, distribuição de poder etc., que podem

<sup>139</sup> Campilongo, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>140</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. 95.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 95-97.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 97-98.



interferir na configuração, processamento e resolução dos conflitos jurídico-ambientais, operacionalizando-se a justiça ambiental. Cavedon assinala que o acesso à justiça, no âmbito dos conflitos ambientais, representa uma *porta de entrada* ao interior do sistema. Este capta as informações que compõem o conflito, e as incorpora ao seu ambiente interno, sob a forma da decisão judicial. Nestes termos, os canais comunicativos seriam criados pelos mecanismos de acesso à justiça que permitiriam a judicialização do conflito.<sup>143</sup>

Este enfoque do sistema jurídico-ambiental denota que as barreiras de acesso à justiça em matéria ambiental, *v.g.*, dificultam a renovação do mencionado sistema, já que os conflitos atinentes àquela área não encontrariam uma via de acesso ao ambiente interno do sistema, e isso significa que as informações provenientes do *mundo da vida*, não teriam possibilidade de ser incorporadas ao sistema, pois este estaria impedido de se comunicar diretamente com seu entorno. Ademais, haveria o problema de a injustiça ambiental não alcançar o sistema, resultando na não incorporação desta injustiça pelo mesmo.

No que afeta à interdependência ou interconexão entre os setores sociais, Campilongo observa que o sistema jurídico estaria determinado por suas próprias estruturas, operando de forma limitada pelas comunicações jurídicas, onde a linguagem se reproduziria por meio de linguagem jurídica, numa comunicação que detém códigos exclusivos. Deste modo, o autor conclui que

A “judicialização da política”, isto é, um controle judicial, não sobre a natureza jurídica da decisão política (o que seria legítimo), mas um controle político, no Judiciário, do mérito exclusivamente político da decisão, é sintoma desse desvio de função. A intromissão oposta, isto é, a pretensão do sistema político em determinar a plástica e o alcance da decisão judicial - a “politização do Judiciário” - é o outro lado do problema, revelador de um sistema jurídico incapaz de manter seus limites e de um sistema político expansionista. Os dois fenômenos são perversos para a democracia.<sup>144</sup>

Importa destacar, neste ponto, a necessidade de controle efetivo, por parte do Poder Judiciário, das decisões e atos políticos que afrontem a legalidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Este tipo de controle não excederia os limites daquele Poder, isso porque, além de ser sua obrigação realizar o que estabelece a Constituição e demais leis, não se estaria, neste caso, entrando no mérito das questões políticas em sentido estrito.

Quanto ao âmbito econômico – que normalmente predomina com relação aos demais - sabe-se que o moderno sistema de produção econômica dá-se, teoricamente, em função do atendimento ao consumo de produtos ou bens. Esse processo consome energia

---

<sup>143</sup> Ibidem, p. 342; 366.

<sup>144</sup> Campilongo, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. *Op. cit.*, p. 177; 183.

livre, que não poder ser totalmente recuperada. Deste modo, o sistema econômico dá origem a um custo ambiental que geralmente não é computado nos processos produtivos. A segunda lei da termodinâmica (lei da entropia) explica o sistema de produção econômica. Esta lei demonstra que o sistema econômico é aberto e dissipativo; depende de energia livre e matéria-prima, ou seja, recursos naturais, e isso leva à conclusão de que processos econômicos são irreversíveis.<sup>145</sup>

Nesse caso, a pressão exercida pelos agentes econômicos (empresas transnacionais etc.), aproveita-se do déficit na capacidade regulatória do Estado quando o assunto é a proteção ou defesa dos bens ambientais, representando, dessa forma, um grande obstáculo para a consecução do Estado do Ambiente, pois, normalmente os detentores do poder econômico pautam seus atos na defesa e preservação de seus interesses privados.

Por esse motivo, entre outros, alguns juristas vêm se preocupando com esse problema que se encontra enraizado na sociedade globalizada. De acordo com Canotilho, as novas formas de modernidade política e econômica obrigam os constitucionalistas a conferir maior atenção à crise de representação, do envolvimento do direito *constitucional internacional* e o já vigente *direito constitucional comunitário*; além do surgimento de *novos direitos e novos deveres*, relacionados intimamente com a liberdade e dignidade da pessoa humana e com os outros seres vivos (direitos fundamentais dos seres vivos).<sup>146</sup>

Os novos direitos surgem com o desenvolvimento social, com fins de atendimento das necessidades surgidas na contemporaneidade. Mas o problema central dessa questão reside na falta de eficácia social ou efetividade de tais direitos. É por isso que, com relação aos novos direitos, Norberto Bobbio afirma que “[...] uma coisa é falar dos novos direitos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra é garantir-lhes uma proteção efetiva”<sup>147</sup>.

Tendo em vista todas as dificuldades de implementação do atual modelo de Estado Democrático de Direito, imagina-se a grande dificuldade de realização de um Estado de Direito Ambiental, que pretende a efetividade dos direitos já existentes, bem como a inclusão ou efetivação dos novos direitos, e dentro destes os direitos difusos.

As dificuldades não são apenas de caráter geográfico ou espacial ou, ainda, exclusivamente em função do processo de globalização; há aquelas ainda de caráter teórico, já que se diz que “um Estado de Direito Ambiental seria um retrocesso”, pois se trataria da

<sup>145</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 55.

<sup>146</sup> Canotilho, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Op. cit.*, p. 26.

<sup>147</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63.

transformação do atual Estado num Estado mínimo Ambiental - o que resultaria na imposição de limites a direitos, liberdades e até garantias constitucionais em favor do meio ambiente.<sup>148</sup> Contudo, ressalta-se o equívoco desta crítica já que, no modelo de Estado de Direito Ambiental comumente proposto, este é caracterizado por efetivar normas e princípios do Estado social, mas com o diferencial de não descuidar das questões ambientais, já que o conjunto de empreendimentos garantiria o aumento da qualidade de vida para determinada sociedade.

Além disso, já que a proposta deste *novo* modelo de Estado é a efetivação das normas, sobretudo as de direitos fundamentais, prima-se também pela superação do formalismo que emperra a consecução dos citados direitos. Nesse sentido, e ainda rechaçando a crítica de que a implementação do *novo* Estado seria um retrocesso, Portella afirma que

[...] a característica do Estado Social “a tutela do mais fraco” é ampliada com outra característica, a do Estado Ambiental, que é a proteção da vida, dado à hipossuficiência da natureza frente ao predador. A questão é mais de “enfoque” e não de radicalização que é manifestada como rótulo de retrocesso. A realidade é que, nos objetivos, as duas formas de Estado se confundem.<sup>149</sup>

Cabe ainda destacar que - com relação às resistências à implementação de um *novo* modelo de Estado (Estado de Direito Ambiental) - a oposição, sobretudo daqueles que detém o poder econômico, é muitas vezes velada. Isso ocorre porque, no novo modelo de Estado, o setor econômico deverá ser, de certa forma, reformulado a fim de se levar em conta a preservação da natureza e da vida humana, num momento presente, com projeções para o futuro (futuras gerações).

Nesse caso, Leite argumenta que “é preciso impor limites ao mercado, através da participação do Estado, ou colocar limites em sua lógica.” Isso porque, com os avanços da Constituição Federal de 1988, é fundamental para que se atinja o Estado de Direito Ambiental, a realização de várias outras mudanças como, por exemplo, a construção de um novo sistema de mercado que privilegie uma maior qualidade de vida e o direito ecologicamente equilibrado; além de uma redefinição do próprio direito de propriedade.<sup>150</sup>

Um dos pontos fundamentais do Estado de Direito Ambiental, é a escolha, dentre o rol de direitos fundamentais já consagrados, daqueles que estão fundamentalmente ligados à

<sup>148</sup> PORTELLA, Celso Adão. *A questão da transparência ambiental normativa como imperativo da constituição federal de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 112-13.

<sup>149</sup> Idem, p. 113.

<sup>150</sup> LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 17-18

vida ou à civilização, num contexto em que a *natureza* deve ser compreendida como bem jurídico, dotado de dignidade jurídica na qualidade de *bem ambiental*, pois, enquanto centro de imputação, é beneficiária de atividades de garantia.<sup>151</sup>

Por fim, após explanação de algumas idéias que caracterizam o Estado de Direito Ambiental, além das reflexões a respeito do tema conclui-se - como uma síntese dos assuntos tratados nesse subitem - que a teoria sistêmica têm pertinente aplicação no subsistema jurídico-ambiental. Assim, o modelo de sistema fechado-auto-referente autopoietico de Luhmann não está em contradição com a abertura ao seu entorno; contudo, o sistema jurídico-ambiental apresenta algumas características da autopoiese luhminiana, principalmente no que diz respeito à relação com o seu entorno, e quanto à possibilidade de influenciar o seu ambiente interno.

Já a abertura do sistema jurídico, defendida por Canaris, também é justificável sob o aspecto de que o Direito representa um fenômeno situado no processo histórico e, por isso, é mutável sofrendo influências do seu entorno, ou seja: ele é influenciado por outros sistemas e subsistemas que o circunda. Destaque-se, que o fato de o sistema jurídico ser operativamente fechado e cognitivamente aberto (entendendo-se que a diferenciação funcional não representa compartimentos estanques, ilhados), - idéia sustentada por Campilongo - pouco se diferencia das teorias de Luhmann e Canaris, apenas as aprimora, no sentido de que se realiza uma diferenciação acerca da abertura e do fechamento nos níveis operacional e de cognição, no âmbito do Direito.

Por sua vez, Cavedon adota posição intermediária entre a teoria do sistema jurídico como um sistema aberto (Canaris) e a teoria da autopoiese (Luhmann), quando se refere ao sistema jurídico-ambiental. A autora entende que a influência dos elementos do entorno sobre o interior do citado sistema não se dá de forma direta, por ele não ser totalmente aberto, já que possui linguagem, lógica e forma de operar próprios, através dos quais seleciona e interpreta as informações oriundas do seu meio envolvente, e as reconstrói a fim de que possam ser incorporadas ao sistema e, inclusive, podem gerar a sua evolução e renovação. Aqui, cabe ressaltar que esta idéia se aproxima da tese de Campilongo, já que se admite certa abertura (cognitiva/absorção dos elementos estabelecidos no entorno/outros sistemas); além de se considerar o seu funcionamento, ou o seu modo de operar como parcialmente fechado, no sentido de que o seu plano operacional teria elementos característicos e originais.

---

<sup>151</sup> AYALA, Patryck de Araújo. *Direito e incerteza: a proteção jurídica das futuras gerações no Estado de Direito Ambiental*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 93.

Assim, tendo em vista tais elementos provenientes da teoria sistêmica, acredita-se que as informações ou perturbações advindas do entorno devem ser interpretadas e, portanto, reconstruídas conforme a lógica do sistema jurídico-ambiental. E esta lógica deve ser aquela que comporta as diretrizes do modelo de Estado de Direito Ambiental, considerando-se sempre o sistema social como um todo - sem ignorar as peculiaridades dos demais subsistemas - e, ao mesmo tempo, respeitando-se os limites inerentes ao sistema jurídico; realizando-se, na prática, os princípios do Estado Democrático de Direito, conferindo-se destaque aos direitos fundamentais e, dentro destes, ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por isso, conforme esses elementos trazidos da teoria sistêmica, pode-se pretender uma evolução ou renovação no sistema jurídico-ambiental, por meio do atendimento das necessidades urgentes de proteção ao meio ambiente, apresentada nas demandas judiciais, promovendo-se, dessa forma, a efetividade de direitos já consagrados, através da interpretação criativa e interdisciplinar (ou mesmo transdisciplinar), que leve em conta o sistema como um todo, com todas as suas particularidades inerentes, ao contrário de se promover a fragmentação do mesmo.

Após estas considerações gerais a respeito da proposta de criação e desenvolvimento de um Estado de Direito Ambiental, do delineamento de suas principais características, - destacando-se a possibilidade de contribuição da teoria sistêmica para a construção deste modelo de Estado - nos próximos subitens tratar-se-á dos princípios comumente chamados de *princípios estruturantes* daquele novo modelo estatal.

### **1.2.1 Princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental**

Antes de se falar dos princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental, vale esclarecer algumas diferenças e tecer algumas considerações acerca das regras e dos princípios, na moderna estrutura do Direito.

De acordo com Ávila, as regras são normas descritivas, e com pretensão de decidibilidade e abrangência, tendo como pressuposto de aplicação a avaliação da correspondência. Já os princípios são normas finalísticas, com pretensão de complementaridade e de parcialidade. A sua aplicação requer uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido, e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Nestes termos, as *regras* são normas caracterizadas como

descritivas, estabelecendo obrigações, permissões e proibições inseridas na descrição da conduta a ser seguida pelo destinatário das mesmas, cumprindo ainda a função de prescrever os comportamentos a serem adotados, em dada sociedade, ou aqueles a serem repudiados ou reprimidos. Os *princípios*, por sua vez, são normas de cunho finalístico, que determinam a realização de um fim juridicamente relevante.<sup>152</sup>

No âmbito da aplicação do direito, Ávila entende que os princípios são normas complementares e preliminarmente parciais, no sentido de que não pretendem gerar uma solução específica, mas contribuir para a tomada de decisão. De outro vértice, as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes, pois, apesar de pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, visam gerar uma solução específica para o conflito.<sup>153</sup>

Tratando-se da teoria dos sistemas, Canaris defende que “[...] a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados *valores* do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização.”<sup>154</sup> O autor ainda cita como valor supremo a segurança jurídica, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência; já que, todos esses postulados podem ser melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, evitando-se uma multiplicidade de normas singulares desconexas, que facilmente entrariam em contradição no sistema.

Canaris entende o ordenamento jurídico como um sistema ordenado, axiológico ou teleológico; e, aqui, o termo teleológico não conforma o sentido estrito de pura conexão de meios aos fins, mas o sentido lato de cada realização de escopos e de valores. A partir do sistema teleológico, deve-se buscar os valores singulares, avançando aos valores fundamentais mais profundos, apurando-se, deste modo, a *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. Desta forma, os valores singulares saem do seu isolamento aparente, e são conduzidos à conexão *orgânica*, obtendo um grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica se torna perceptível. Assim, o sistema passa a ser definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, onde o elemento de adequação valorativa se dirige mais à ordem teleológica, e o elemento da unidade interna aos princípios gerais.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 129.

<sup>153</sup> Idem, p. 130.

<sup>154</sup> Canaris, *op. cit.*, p. 22.

<sup>155</sup> Idem, p. 66-78.

De acordo com Canaris, a adequação e a unidade do Direito demonstram uma grande força dinamizadora, desde que não se entenda o Direito como um *conglomerado causal de decisões singulares historicamente acumuladas*. Um princípio de Direito será *constitutivo para o sistema*, se ele for *significante* para o âmbito jurídico em causa. Contudo, reconhecida a generalidade de um princípio, determinando-se seu peso ético-jurídico, e a sua hierarquia jurídico-positiva, ele poderá conduzir, associado a uma regra, a um aperfeiçoamento do Direito. Esse modelo de sistema produz influência na complementação de uma ordem jurídica como, por exemplo, na hipótese de preenchimento de lacunas por meio de aplicação de princípios gerais.<sup>156</sup>

Por fim, o autor conclui que o conceito de sistema jurídico deve se desenvolver a partir da função do pensamento sistemático. E todos os conceitos de sistema que sejam incapazes de exprimir a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica são inutilizáveis ou tem a sua utilização limitada. Nestes termos, o sistema jurídico se definiria como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”. Canaris ainda defende que “os princípios não têm pretensão de exclusividade”, pois uma mesma consequência jurídica, característica de um dado princípio, também pode ser conectada com outro. Além disso, os princípios necessitariam realizar-se por meio da concretização de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio, já que aqueles não seriam normas, sendo destituídos de aplicação imediata, devendo, antes, ser normatizados.<sup>157</sup>

Por seu turno, no que afeta à diferenciação entre normas e princípios, Canotilho<sup>158</sup> assinala que tradicionalmente havia essa distinção; mas, atualmente, se sugere uma nova formulação onde regras e princípios são considerados duas espécies de normas. O autor, em sua obra *Direito constitucional e teoria da constituição*, destaca os princípios, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das regras jurídicas. Tal distinção ou diferenças qualitativas são traduzidas da seguinte forma:

Os *princípios* são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida [...].<sup>159</sup>

<sup>156</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 90-96; 280.

<sup>158</sup> Canotilho, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1146.

<sup>159</sup> Além disso, o autor ainda esclarece que “a convivência dos princípios é conflitual (*Zagrebelky*), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, a ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a

Com relação aos princípios estruturantes no âmbito constitucional, o autor português esclarece que a articulação de regras e princípios tem a função de iluminar a compreensão da constituição assente em princípios estruturantes fundamentais, princípios estes que se assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores dos mesmos. Nestes termos, a Constituição seria formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (diferente densidade semântica), onde há certos princípios designados *estruturantes*, constitutivos e indicativos das idéias básicas de toda a ordem constitucional, representando verdadeiras traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico-político.<sup>160</sup>

Os princípios são normas que estruturam o sistema jurídico, representando o Direito em sua substancialidade, com forte carga valorativa. E, em razão da sua importância, eles não devem servir apenas como fontes supletivas do Direito, mas também como fundamento da ordem jurídica, situando-se no topo da escala normativa, e, por isso, conferindo legitimidade às demais normas.

Quanto aos princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental, Tupiassu entende que estes servem como *parâmetro* ou *fundamento* do Direito, que permitem verificar a validade das leis. Conforme o autor, o Estado e seus cidadãos devem agir de acordo com o conteúdo normativo dos princípios estruturantes estabelecidos constitucionalmente; e os princípios ambientais estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio cumprem a função de orientar a atuação do legislador e dos Poderes Públicos na concretização dos valores sociais relativos ao meio ambiente, harmonizando as normas do ordenamento ambiental, direcionando a sua interpretação e aplicação; destacando a autonomia do Direito ambiental.<sup>161</sup>

Vale ressaltar que, com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, surgiram normas relativas ao meio ambiente, fato novo no âmbito constitucional brasileiro. A partir daí, o Direito ambiental passou a ser formado por regras e princípios, sendo que estes últimos cumprem a finalidade de nortear e consagrar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estabelecido no art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ademais, o princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, que é um princípio geral do Direito Público, pode ter sido a origem, ou, no mínimo,

---

ponderação e 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: Idem, p. 1147.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 1159.

<sup>161</sup> TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 30, abril/junho, 2003. p. 163.



parte do fundamento dos princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental. Isto porque tal princípio estabelece a superioridade dos interesses da coletividade, que devem prevalecer sobre os interesses dos particulares.

De acordo com o *caput* do art. 225, da Constituição Federal, o meio ambiente ecologicamente equilibrado apresenta-se como um bem de uso comum do povo, pertencente à coletividade, e, por isso, não integra o patrimônio disponível do Estado ou de particulares, o que caracteriza a sua indisponibilidade; além do compromisso de ser preservado pelas gerações atuais, com o propósito de transferência do patrimônio ambiental às gerações futuras.

No âmbito da teoria sistêmica, Luhmann afirma que “um sistema que disponha de estruturas e processos próprios, poderá coordenar todos os elementos que produz e reproduz, com estas formas de potencializar a seletividade. Desta forma, ele pode regular a sua própria autopoiese.” Além disso, as estruturas teriam que contar com acontecimentos conformes e desviados; já os processos, sujeitam-se a acontecimentos prováveis e improváveis; sendo que o sistema deve se orientar por estas diferenciações e adaptar suas operações a isto.<sup>162</sup>

A teoria luhminiana pretende descrever os mecanismos que organizam o funcionamento da sociedade capitalista e as funções que os estabilizam. Nesse contexto, a modernidade envolve múltiplas possibilidades de ação, escolha e eventos, fazendo-se necessárias a seleções que reduzam a totalidade dos comportamentos possíveis. E o produto destas seleções são caracterizados como sistemas diferenciados funcionalmente.<sup>163</sup>

Tendo em vista a atual crise ecológica, a sociedade como um sistema, deverá selecionar elementos que levem à consecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste caso, o sistema jurídico – diferenciado funcionalmente – teria o escopo de realizar aquela tarefa, a fim de que se mantenha o sistema como um todo em equilíbrio.

Dentro de uma concepção sistêmica, e voltado especificamente para o ramo do Direito ambiental, Serrano define o sistema jurídico-ambiental como um “sistema de normas, princípios, instituições, práticas operativas e ideologias jurídicas que regulam as relações entre os sistemas sociais e seus entornos naturais.”<sup>164</sup> Ou seja, apresenta-se como uma diferenciação funcional do próprio sistema jurídico, que se especializou, mas que, no entanto, possui interconexões, ou mantém relações internas ao próprio sistema, e com o seu entorno.

<sup>162</sup> Luhmann, *op. cit.*, p. 116, tradução nossa. (Un sistema que disponga de estructuras y procesos propios, podrá coordinar todos los elementos que produce y reproduce, con estas formas de potenciar la selectividad. De esta manera puede regular su propia autopoiesis.)

<sup>163</sup> Campilongo, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial. Op. cit.*, p. 20.

<sup>164</sup> SERRANO, José-Luis. Concepto, formación y autonomía del Derecho Ambiental. In: VARELLA, M. D.; BORGES, R. C. B. O novo em Direito Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 37.

Destaque-se que, na concepção luhminiana, os sistemas apresentam limites. O autor define estes últimos como “[...] os processos fronteirizos (por exemplo de troca de energia ou informação) ao cruzar o limite seguem funcionando mas em outras condições (por exemplo, outras condições de utilização ou de consenso).”<sup>165</sup> Neste caso, as contingências, a abertura a outras possibilidades variam segundo os referidos processos, que podem ocorrer no interior do sistema, ou nele com relação ao seu entorno. Assim, a existência de um sistema pressupõe a existência de limites, e estes não supõem ruptura para a interdependência. Sobre a questão dos limites apresentados nos sistemas, Campilongo assinala que

Os juízes e os Tribunais, obrigados a decidir todas as questões que lhes são apresentadas, estão freqüentemente expostos às tentações de superação desses limites operativos. Quando não estão impedidos de fazê-lo, acabam por incorporar, inadequadamente, lógicas decisórias que escapam aos controles do sistema jurídico e bloqueiam a comunicação em outros sistemas.<sup>166</sup>

De outro vértice, Canaris destaca que a necessidade de controle teleológico como meio de aperfeiçoamento do Direito apresenta-se como um limite imanente ao sistema. Contudo, o autor adverte que há casos nos quais ocorrem autênticos atentados à obtenção do Direito a partir do sistema; e que nem toda questão jurídica pode ser solucionada a partir dele. Além disso, é possível que a decisão consentânea com o sistema seja inconciliável com o Direito vigente, a exemplo das lacunas e quebras que ocorrem no âmbito jurídico.<sup>167</sup>

O autor esclarece que quebras sistemáticas referem-se a contradições de valores e de princípios, e as normas estranhas ao sistema advém de valorações que restam isoladas dentro do conjunto da ordem jurídica. Tais quebras podem ser eliminadas por meio de *interpretação sistemática*, e da *integração sistemática de lacunas*. Assim, as quebras no sistema representam contradições de valores, violando a regra da igualdade, mas nem sempre elas significam arbítrios. As quebras irremediáveis impedem a formação cabal do sistema, mas deixam-no intocado nos demais âmbitos não diretamente atingidos. Segundo o autor, a idéia de sistema pode ser perfeitamente aplicável na jurisprudência.<sup>168</sup> Canaris afirma que

De facto a formação de um sistema completo numa determinada ordem jurídica permanece sempre um objectivo não totalmente alcançado. Opõe-se-lhe, invencivelmente, a natureza do Direito e isso a dois títulos. Por um lado, uma determinada ordem jurídica positiva não é uma “*ratio scripta*”, mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentando como tal, de

<sup>165</sup> Luhmann, *op. cit.*, p. 51-52, tradução nossa. (Pero el concepto de límite significa que los procesos fronterizos (por ejemplo de intercambio de energía o información) al cruzar el límite siguen funcionando pero en otras condiciones (por ejemplo, otras condiciones de utilización o de consenso). )

<sup>166</sup> Campilongo, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial. Op. cit.*, p. 183.

<sup>167</sup> Canaris, *op. cit.*, p. 196-97.

<sup>168</sup> Idem, p. 285-87.

modo necessário, contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e da adequação e, assim, com o pensamento sistemático. Mas por outro, há na própria ideia de Direito um elemento imanente contrário ao sistema e, designadamente, a chamada “tendência individualizadora” da justiça que contracenando com o pensamento sistemático - assente na “tendência generalizadora” - tem como consequência o surgimento de normas que *a priori* se opõem à determinação sistemática. “Quebras no sistema” e “lacunas no sistema” são, por isso, inevitáveis.<sup>169</sup>

A natureza do Direito deve, portanto, ser entendida como um produto da história da Humanidade, já que esta estabelece, desenvolve e aperfeiçoa as suas próprias regras, obtendo-se, com isso, o Direito. As *peçoas* que elaboram as normas jurídicas incorrem, por vezes, em contradições, incompletudes, chegando até mesmo a elaborar normas ou decisões draconianas, já que aquelas figuram na condição inevitável de humanas. Além disso, há a *tendência individualizadora* da justiça, que se contrapõe à *tendência generalizadora* presente no pensamento sistêmico, processo este que resulta em normas que normalmente vão de encontro à determinação sistemática. Conclui-se, por esses motivos, pela naturalidade da existência de quebras ou lacunas no sistema jurídico, o que não diminui a importância que a teoria sistêmica traz para o estudo do Direito.

Canaris aponta os “limites da eliminação de contradições de valores e de princípios através da interpretação criativa do Direito”, com a finalidade de conformação do sistema, inclusive por meio da integração de lacunas. Além disso, haveria contradições de valores que não se resolveriam pelos métodos legítimos da interpretação ou pela interpretação criativa do Direito. Tais contradições de valores configurariam um “erro jurídico-político”.<sup>170</sup>

Destarte, propõe-se a utilização dos princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental como referenciais na interpretação das normas jurídicas, e ainda na integração de possíveis lacunas do ordenamento jurídico. Ressaltando-se que o respeito a tais princípios é de suma relevância para a construção do novo modelo de Estado; e entre eles pode-se citar como principais exemplos: o princípio da precaução; princípio da prevenção ou da atuação preventiva; princípio da cooperação; princípio da responsabilização, princípio poluidor-pagador, entre outros. A seguir, tratar-se-á dos princípios estruturantes considerados de maior relevância teórico-prática.

---

<sup>169</sup> Ibidem, p. 199-200.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 212; 216.

### 1.2.1.1 Princípio da precaução

O princípio da precaução é normalmente apontado como um dos principais instrumentos jurídicos na gestão dos *riscos*. Tal princípio pode ser utilizado no combate a decisões fundadas na *certeza científica*, em favor da vida e de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O princípio proclama que “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”<sup>171</sup>

O Direito ambiental internacional pode ser definido como “o conjunto de regras, princípios que criam obrigações e direitos de natureza ambiental para os Estados, as organizações intergovernamentais e os indivíduos.”<sup>172</sup> As normas jurídicas pertencentes ao Direito Internacional - DI geral, incluindo aqui o Direito ambiental internacional, são aquelas provenientes das *fontes* daquele Direito, fontes estas que, “constituem os modos pelos quais o Direito se manifesta, isto é, as maneiras pelas quais surge a norma jurídica.”<sup>173</sup> O Estatuto da Corte Internacional de Justiça - ECIJ estabelece, em seu art. 38, que os tratados, o costume e os princípios gerais do Direito são fontes do direito internacional. Cabe acrescentar, que alguns autores modernos têm incluído os atos unilaterais e a lei internacional (regras/declarações que posteriormente viram tratados), também como fontes daquele Direito.

Atualmente, as normas ratificadas pelo Brasil externamente, ou adotadas internamente, seguem como parâmetro o que foi firmado nas declarações de que o País é signatário. Assim, mesmo que a Declaração do Rio de 1992 não seja *obrigatória* para os Estados que a assinaram, normalmente as declarações de princípios têm a função de firmar novos conceitos e princípios gerais orientadores do ordenamento jurídico interno. O artigo 38, do ECIJ, estabelece que os princípios gerais de Direito são também fonte do Direito Internacional. Deste modo, os princípios estabelecidos naquela Declaração devem ser respeitados interna e externamente pelos países signatários, por cidadãos, e Administração Pública em geral.

---

<sup>171</sup> BRASIL. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Relatório da Delegação Brasileira/Divisão do Meio Ambiente do Ministério das Relações Exteriores. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1993. p. 142.

<sup>172</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial*. Thex Editora, 1995. p. 5.

<sup>173</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Renovar, 1992. p. 149.

Por outro lado, tendo em vista os casos em que a Organização Mundial do Comércio - OMC e a CIJ se recusaram a utilizar o princípio de precaução como fundamento de suas decisões, Nogueira conclui pela resistência em aplicar-se diretamente o citado princípio, não se reconhecendo o valor de regra jurídica autônoma ao mesmo.<sup>174</sup> De fato, no âmbito do Direito internacional, declarações não possuem o caráter de *obligatoriedade*, são as chamadas *soft law*, ao contrário dos tratados que são de observância obrigatória (*hard law*).

O atributo da *obligatoriedade*, no caso das declarações de direitos, poderia trazer uma maior efetividade ao princípio em questão. Contudo, no âmbito internacional, ainda permanece a regra de que os princípios instituídos naquelas declarações são informadores de ordenamentos, são referências para as legislações internas dos países, porém não obrigam internacionalmente ou internamente; apenas orientam as relações entre os Estados, e o ordenamento jurídico interno.

Ocorre que a Lei nº. 11.105/2005, que regulamenta os incisos II, IV e V, § 1º, art. 225, da Constituição Federal, e estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, e cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, entre outros – estabeleceu no *caput* do seu art. 1º, o seguinte:

Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do *princípio da precaução* para a proteção do meio ambiente.<sup>175</sup>

Assim, atualmente, o princípio da precaução é também considerado regra jurídica, devidamente positivada. Todavia, não se pode desprezar os trabalhos doutrinários e jurisprudenciais que, mesmo antes da positivação expressa, já cuidavam exaustivamente daquele princípio. Há tempos ele vem cumprindo gradativamente o seu papel, fazendo valer o seu conteúdo: é crescente o número de julgados no Judiciário brasileiro que mencionam tal princípio, sobretudo aqueles que reafirmam a necessidade de Estudo de Impacto Ambiental - EIA ou Relatório de Impacto Ambiental - RIMA. Além da determinação de vários *atos de precaução* na defesa do meio ambiente.

---

<sup>174</sup> NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio de precaução no direito ambiental brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 207.

<sup>175</sup> Grifo nosso.

O princípio da precaução é utilizado com relação ao *risco* de danos graves ou irreversíveis, procurando-se garantir uma margem de segurança diante de uma probabilidade de perigo. Derani afirma que, em face da dimensão temporal (relacionada com o futuro), e também em virtude da complexidade da proteção do meio ambiente, é insuficiente que se promova somente uma *intervenção periférica*. Neste caso, a autora argumenta que, com base no princípio em questão, a política ambiental desenvolve-se em normas que denotam uma prática sustentável de apropriação de recursos naturais. E essa prática sustentável deve integrar obrigatoriamente o planejamento da política econômica e, por isso, as normatizações da prática econômica, num cenário onde a precaução ambiental requereria uma modificação do modo de desenvolvimento da atividade econômica.<sup>176</sup>

Derani afirma que o princípio da precaução é “a tradução da busca da proteção da existência humana.” E argumenta que “a partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.”<sup>177</sup> Nestes termos, as palavras da doutrinadora, sobretudo quando ela fala na consideração de *riscos futuros*, vão ao encontro do que estabelece o *caput* do art. 225 da atual Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe o dever ao Poder Público e à coletividade de proteção e defesa do meio ambiente para as presentes e *futuras* gerações.

Nesta oportunidade, ainda cabe distinguir *princípio da precaução* e *princípio da prevenção*. Este é utilizado em casos onde se tem *ciência* da periculosidade e do risco oferecido pela atividade ou comportamento. O propósito do princípio da prevenção é a não repetição ou a proibição do exercício de uma atividade que já se sabe perigosa.<sup>178</sup> No princípio da precaução, não é necessário que se tenha a certeza da ocorrência do dano, pode-se, dessa forma, trabalhar com a probabilidade do dano, que será delineada de acordo com as circunstâncias de cada caso.

O princípio da prevenção aumenta a necessidade de planificação das atividades, com o propósito de se garantir a qualidade de vida. Alguns instrumentos, que fazem parte da legislação ambiental no Brasil, podem auxiliar na prevenção de danos e catástrofes ambientais

---

<sup>176</sup> Derani, *op. cit.*, p. 165-66.

<sup>177</sup> *Idem*, p. 167.

<sup>178</sup> Segundo Leite; Ayala, “Da exposição da fundamentação dos princípios da precaução e prevenção entende-se que o sistema constitucional pátrio não se funda nem no dano e nem no ilícito, mas sim no perigo. O perigo pode já ser atual, presente e concreto, ou potencial, abstrato, mas, em todas as hipóteses, não há dano ou sequer ilícito; há apenas e simplesmente perigo, um estado de risco, que, por si só, já autoriza a instauração de processos de proteção. E o princípio da precaução e os modernos sistemas de proteção de ambiente autorizam ações de proteção contra o perigo.” In: Leite; Ayala, *op. cit.*, p. 158.

como, *v.g.*, o estudo e relatório de impacto ambiental, bem como a própria fiscalização que deverá ser exercida pelos órgãos do SISNAMA, polícia ambiental etc.<sup>179</sup>

De outro vértice, Silva entende ser inadequada a distinção da prevenção em razão de *perigos* existentes em função de causas naturais; e a precaução em função de *riscos*, decorrentes das ações humanas. Isto porque, atualmente, os danos ambientais resultariam de causas demasiadamente variadas e complexas, onde seria impossível distinguir rigorosamente fatos naturais de comportamentos humanos. Um exemplo são as inundações, que além de ser provocada pela chuva (fenômeno natural), ainda teriam como causa as ações humanas, por meio de obras ou edificações insustentáveis em alguns espaços geográficos etc.<sup>180</sup>

O autor português opta por adotar um conteúdo amplo para o princípio da prevenção - incluindo tanto os perigos naturais como de riscos humanos, quanto a antecipação de lesões ambientais de caráter atual como futuro, sempre de acordo com critérios de razoabilidade - do que proceder à autonomização de uma *incerta* precaução.<sup>181</sup>

Com relação ainda ao princípio da precaução, fala-se, por exemplo, na substituição do critério da certeza pelo critério da *probabilidade*. Neste sentido, Mirra argumenta que nas ações ambientais, para o autor da demanda, basta a demonstração de elementos concretos que levem à conclusão quanto à probabilidade da caracterização da degradação; competindo ao réu o ônus da comprovação de que a sua conduta ou atividade não provoca ou não provocará a alegada lesão ao meio ambiente.<sup>182</sup>

Na esfera judicial, um fato que está ligado ao princípio da precaução é a inversão do ônus da prova. Neste caso, caberia ao agente degradador a prova de que a atividade não apresenta riscos ao meio ambiente. Se não for possível provar a inexistência de *riscos* de dano ou probabilidade de dano, o princípio da precaução deverá cumprir o seu propósito. Com relação a esse ponto, Mirra comenta que “[...] pode-se afirmar que elementos indiciários de probabilidade de degradação ambiental *amparados cientificamente*, devidamente demonstrados e que não sejam contrariados de forma cabal pelo degradador, correspondem a fatos existentes e provados.”<sup>183</sup>

<sup>179</sup> Tupiassu, *op. cit.*, p. 171.

<sup>180</sup> SILVA, Vasco Pereira da. “*Como a Constituição é Verde*”: os princípios fundamentais da Constituição Portuguesa de Ambiente. In: Miranda, Jorge *et al.* Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976: evolução constitucional e perspectivas futuras. Lisboa: Associação acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. p. 205.

<sup>181</sup> *Idem*, p. 208.

<sup>182</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 68.

<sup>183</sup> *Idem*. Grifo nosso.

Assim, entende-se que demonstrada a probabilidade de dano, ou os elementos que indiquem tal fato - a ser posteriormente investigado com maiores cuidados - estar-se-á conferindo efetividade ao princípio ora estudado, já que a condição de investigação científica, além de ser polêmica, quando se trata de questões ambientais, poderia retardar as medidas preventivas e, conseqüentemente, possibilitar a ocorrência do dano.

A idéia de inversão do ônus da prova em ações ambientais, apesar de polêmica, é a mais indicada para prevenir danos ao meio ambiente, já que em razão da irreversibilidade existente em vários processos de degradação ambiental - tais ações não poderão ser prejudicadas pela dificuldade de comprovação, por parte do autor da ação, do perigo da degradação (que poderá em determinados casos adquirir grandes proporções) - sobretudo num país como o Brasil, onde a maioria dos cidadãos não dispõem de meios para fazer valer os seus direitos. Daí, por uma questão de isonomia nas relações jurídicas, ser indicado e pertinente, em determinados casos, a demonstração por parte do potencial degradador, da prova da segurança do seu empreendimento, e da impossibilidade de impacto ambiental vedado legalmente.

No âmbito penal, a prova da alegação incumbe a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, CP). A Lei n°. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) estabelece que as penas serão cominadas, na medida da culpabilidade do agente (art. 2°).

Já o art. 333, do CPC, determina que o ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (I); e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (II). O parágrafo único deste dispositivo ainda dispõe que o acordo que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando se tratar de direito indisponível da parte; ou tornar demasiadamente difícil a uma parte o exercício do direito será nula.

Tendo em vista os dispositivos anteriormente citados, sustenta-se a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova, em favor da efetividade e instrumentalidade do processo, num modelo de sistema que vá além dos poderes instrutórios do magistrado. Nesta oportunidade, destaca-se a teoria das cargas processuais dinâmicas - ou teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova - desenvolvida pelo jurista argentino Jorge W. Peyrano, seu principal precursor. Conforme Dall'Agnol Junior, segundo essa teoria, não deve haver o estabelecimento prévio e abstrato do encargo de provar; é irrelevante a posição da parte no processo; além de ser desconsiderável a distinção tradicional entre fatos constitutivos,



extintivos etc. Assim, alega-se que a obrigação de provar dependerá das circunstâncias reais, e da avaliação de quem se encontra em melhor condição de fazê-lo. A idéia seria a de distribuir o ônus da prova caso a caso, segundo um prudente/cauteloso arbítrio do juiz, sem o estabelecimento de regras gerais apriorísticas.<sup>184</sup>

O juiz deverá atuar ativamente, conforme o caso concreto, com o propósito de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória, a fim de conferir uma decisão mais justa e isonômica. Nestes termos, Azevedo explica que

Se ao analisar a lide posta ao seu crivo, o juiz identificar que, pelos fundamentos da lei, o ônus da prova recai sobre a parte mais desprovida, de algum modo, de condições de suportá-lo, a partir deste instante ele deverá mudar as regras do jogo, modificando a distribuição do ônus da prova em benefício daquela parte técnica ou economicamente hipossuficiente.<sup>185</sup>

Mas, segundo o autor, nesse caso, o juiz deverá atuar com respeito aos princípios processuais da legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação e efetividade – modificando a regra geral para ajustá-la ao caso concreto, tendo como fim evitar a derrota da parte que, apesar de ter o melhor direito, não dispõe das melhores condições de prová-lo.<sup>186</sup>

No caso do art. 6º, inciso VIII, da Lei nº. 8.078/90 - que estabelece como um direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...]” - apesar de ter havido uma flexibilização na distribuição do ônus da prova, a teoria dinâmica não foi adotada de forma integral, já que, conforme Azevedo, naquelas hipóteses o juiz não atuaria discricionariamente, pois o ônus da prova já estaria invertido (ou definido) pela lei.<sup>187</sup>

No entanto, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos (versão Janeiro/2007), no § 1º, do art. 11, adota aquela teoria. Segundo esse dispositivo, serão admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem (*caput*). Além disso, sem prejuízo do disposto no artigo

---

<sup>184</sup> DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. *A teoria das cargas processuais dinâmicas*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2004/teoriadascargasprocessuaisdinamicas.htm>>. Acesso em: 28 setembro 2007.

<sup>185</sup> AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. *A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>>. Acesso em: 28 setembro 2007.

<sup>186</sup> Idem.

<sup>187</sup> Ibidem.

333 do CPC, o ônus da prova incumbirá à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração (§ 1º). O § 3º, do art. 11, do Anteprojeto, ainda estabelece que, durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Ressalte-se que nesse sistema deverá ser observado o contraditório (§ 4º), além do que as decisões judiciais devem ser motivadas ou fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados (art. 12). Assim, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, trará uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, conferindo maiores poderes ao juiz para a realização da *justiça* no caso concreto, abrindo-se uma possibilidade de tornar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado mais eficaz, no sentido de se dispor de novos caminhos processuais, para se apurar e provar a existência/inexistência de dano ou perigo de dano ao meio ambiente.

A respeito do princípio da prevenção é importante destacar o papel do Direito Penal Ambiental, que promoveu a criminalização das infrações ambientais. Estas têm como objeto de tutela tanto as hipóteses de danos à natureza, quanto os casos de risco de dano à vida dos seres humanos e suas gerações futuras.

O princípio da prevenção relaciona-se com o Direito Penal Ambiental em função da tendência da moderna ciência penal em conceber o crime ecológico como crime de perigo. Nestes termos, poder-se-ia cumprir as funções de repressão e prevenção, promovendo-se a incriminação do perigo, com o propósito de regular as situações de riscos e ameaças ao sistema ecológico. O crime de perigo criminaliza a conduta de pôr-se em perigo o bem tutelado, antes que o dano seja efetivado. Como se trata de uma ação preventiva à ocorrência do dano, daí a sua relação com o princípio da prevenção/precaução como informador da tutela do meio ambiente.<sup>188</sup>

Normalmente, diferenciam-se os crimes de perigo como crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato. No primeiro deverá haver um efetivo perigo de dano, comprovado usualmente por prova pericial. Aqui, destaca-se a dificuldade da comprovação ou demonstração do perigo, além do estabelecimento do nexo de causalidade entre a conduta do

---

<sup>188</sup> CALHAU, Lélío Braga. Efetividade da tutela penal do meio ambiente: a busca do ponto de equilíbrio em direito penal ambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Fórum, v.3, n. 7, set./out., 2004. p. 1891.

agente e a ocorrência do perigo ao meio ambiente. Já o crime de perigo abstrato é o que melhor cumpre a função de proteção do bem ambiental, já que este exige apenas a probabilidade de danos ao meio ambiente.

Tratando do crime de perigo abstrato, Cruz exemplifica citando o art. 55 da Lei nº. 9.605/1998, que trata da extração de recurso mineral sem a competente licença ou autorização, que, por si só, já presume intensa probabilidade de dano ao meio ambiente. Contudo, a autora entende que um problema que poderá surgir na tipificação do perigo abstrato refere-se à obediência ao princípio da reserva legal, pois os crimes de perigo são majoritariamente normas penais em branco, fato este que poderia interferir negativamente na segurança jurídica.<sup>189</sup>

Quanto às indeterminações conceituais, Cruz defende a importância da utilização de normas em branco que tenham como fonte preceitos já esclarecidos nas prescrições extrapenais como, por exemplo, a exigência de licença, a ser concedida nos moldes da PNMA, onde a falta da mesma levará a incidência de figuras típicas, que têm como elementar justamente esta ausência. Neste caso, o ônus da prova deverá ser invertido, significando que à acusação caberá provar somente a ocorrência da conduta, já que o perigo para o bem tutelado se *presume* pela simples prática da infração. O imputado é que terá que provar que a sua conduta não põe em risco o bem jurídico tutelado.<sup>190</sup>

Assim, os crimes de perigo abstrato não ofenderiam o princípio da reserva legal, desde que a conduta típica esteja descrita na legislação. Já as normas penais em branco poderão ser perfeitamente preenchidas por regras pré-definidas, primeiramente pela lei, ou mesmo por conceitos doutrinários e jurisprudenciais.

Por seu turno, Calhau destaca que a técnica legislativa insuficiente, a falta de compromisso ambiental de determinados aplicadores do Direito, a falta de clareza nos conceitos, entre outras, podem ser apontadas como causas da falta de efetividade da tutela penal ambiental. Além disso, o autor argumenta que grande parte dos crimes ambientais como, por exemplo, os crimes de colarinho branco, nem chegam ao Judiciário em função da negociação entre o Estado e empresas, em troca do alegado *desenvolvimento sustentável* que estas se propõem a trazer para a região, ou os empregos que serão oferecidos. Nesta lógica, o meio ambiente deve se adaptar ao crescimento sócio-econômico, por isso tais empreendimentos receberiam suas licenças.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Os crimes de perigo e a tutela preventiva do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 9, n. 34, p. 28-40, abr./jun., 2004. p. 36.

<sup>190</sup> Idem, p. 37-38.

<sup>191</sup> Calhau, *op. cit.*, p. 1891-92.

O autor denuncia a existência de empresas potencialmente poluidoras, com licenciamentos concedidos pelos órgãos ambientais, para que se polua dentro de critérios técnicos e científicos pouquíssimos questionados pela mídia ou pela população. Nestes termos, Calhau afirma que

Tal como a negociação que a Polícia faz com determinados tipos de crime e criminosos como o exemplo do jogo do bicho, os aparelhos de licenciamento ambiental fazem a negociação entre estado e empresas potencialmente poluidoras, mas sempre geradoras de empregos, votos e propulsores da economia em geral.<sup>192</sup>

Neste caso, percebe-se que - apesar de a legislação brasileira dispor de mecanismos para prevenir o dano ambiental, seja no âmbito civil, penal ou administrativo – o fim maior da sustentabilidade continua um objetivo distante, já que o meio ambiente de qualidade continua sendo ameaçado e dilapidado no âmbito político, onde muitas decisões são adotadas tendo em vista os interesses de determinados grupos de governantes, em detrimento do interesse da coletividade. Neste caso, o princípio da prevenção é abandonado, privilegiando-se o *princípio* da aferição da maior vantagem pessoal.

Destaque-se que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da precaução segue o propósito estabelecido no art. 225 da Constituição Federal, ou seja, a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado; bem como acompanha os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente e demais instrumentos normativos da área. Com relação aos instrumentos que operacionalizam os princípios da prevenção/precaução, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou Apelação Cível nº. 217979; Processo nº. 199804010096842, cuja decisão, por maioria, foi prolatada em 18/12/2002, traz a seguinte ementa:

Ementa: Administrativo. Ambiental. Ação civil pública promovida pela União. Construção de hotel. Município de Porto Belo. Zona de promontório. Área de preservação permanente. *Non aedificandi*. Licença nula. Descumprimento da legislação ambiental. Inexistência de avaliação ambiental. Princípio da prevenção. Desfazimento da obra. 1. O empreendimento está localizado em área de promontório, considerada de preservação permanente pela legislação estadual (Lei nº. 5.793/80 e Decreto nº. 14.250/81) e pela legislação municipal (Lei Municipal nº. 426/84), e, por conseqüência, área *non aedificandi*, razão pela qual a licença concedida pela FATMA é nula, visto que não respeitou critério fundamental, a localização do empreendimento. 2. A FATMA não possuía competência para autorizar construção situada em terreno de marinha, Zona Costeira, esta considerada como patrimônio nacional pela Carta Magna, visto tratar-se de bem da União, configurando interesse nacional, ultrapassando a competência do órgão estadual. 3. Ante ao princípio da prevenção, torna-se imperiosa a adoção de alguma espécie de avaliação prévia ambiental. 4. Os interesses econômicos de uma determinada região devem estar alinhados ao respeito à natureza e aos ecossistemas, pois o que se busca é um desenvolvimento econômico vinculado ao equilíbrio ecológico. 5. Um meio

---

<sup>192</sup> Idem, p. 1892.

ambiente sadio e ecologicamente equilibrado representa um bem e interesse transindividual, garantido constitucionalmente a todos, estando acima de interesses privados. 6. Apelos providos.

Neste caso, houve a determinação de demolição de hotel construído em terreno de marinha, que, no Brasil, caracteriza-se como área de preservação permanente (área *non aedificandi*). Aqui, a competência para o licenciamento de possível obra caberia ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais - IBAMA, e ainda seria necessário um laudo técnico a respeito do impacto ambiental por tratar-se de zona costeira. Nesta decisão, optou-se pela prevalência do princípio da prevenção e da defesa do interesse público.

Já o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou Apelação em Mandado de Segurança nº. 61303, Processo nº. 199971000076922, cuja decisão unânime que negou provimento à apelação foi proferida em 14/09/2000, traz a seguinte ementa:

Ementa: Direito administrativo. Direito ambiental. Relatório de impacto ambiental. Exigibilidade de notificação do poder executivo e exigência de apresentação do EIA/RIMA. Lei Federal nº. 8.974/95. Lei Estadual nº. 9453/91. Decreto estadual nº. 39.314/99. Competência legislativa concorrente. Tendo a Constituição Federal estabelecido a competência concorrente entre a União e Estados para que legissem sobre meio ambiente, nada impede que a lei estadual, considerando as características próprias do local, estabelece controle mais minucioso sobre os experimentos realizados com organismos geneticamente modificados, no caso soja transgênica. O Decreto Estadual nº. 39.314/99 que estabeleceu a exigência de apresentação do EIA/RIMA não contrariou a Lei Federal nº. 8.974/95. Apenas regulamentou o contido na Lei Estadual nº. 9453/91 e obedeceu o contido no artigo 225 da Constituição Federal. Apelação improvida.

Este julgado reafirma a competência concorrente, estabelecida constitucionalmente, para as diversas esferas públicas legislarem sobre matéria ambiental. Isso se justifica também pela grande dimensão territorial do Brasil, que apresenta particularidades nos diversos Estados da Federação, e que precisam ser tratadas de modos diversos, no sentido de melhor proteger o ambiente em cada região, de acordo com as suas próprias características. Assim, o princípio da precaução/prevenção foi efetivado por uma unidade da federação brasileira, mediante a exigência de apresentação do EIA/RIMA, com fundamento máximo no que dispõe o art. 225 da Carta Magna.

Evidentemente, o julgador tem a liberdade de sopesar os valores, conforme cada caso examinado, no exercício de suas funções. Contudo, para aqueles que pretendem contribuir para o estabelecimento de uma ética ambiental nunca existente, ou, para alguns, perdida, é necessário que o princípio da precaução/prevenção seja rigorosamente observado antes de qualquer decisão no âmbito judicial. Sobre esse ponto, Machado ensina que

A aplicação do princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. O “Estudo de Impacto Ambiental” insere na sua metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental. Diagnosticando o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo. Aí entra o exame da oportunidade do emprego dos meios de prevenção.<sup>193</sup>

Infelizmente, por vezes o princípio da precaução é preterido por outras regras ou princípios, mas isso se dá, não porque se trata de um princípio (atualmente também regra jurídica), já que os princípios também são normas, mas em razão da proteção de outros interesses que estejam em jogo no caso concreto. Assim, a sua efetividade/inefetividade se dá mais pela escolha do aplicador da norma/intérprete, do que propriamente em função do seu *status* normativo.

### 1.2.1.2 Princípio da responsabilização

No ordenamento jurídico brasileiro, o *caput*, do art. 225, da Constituição Federal estabelece um dever, do *Poder Público* e da *coletividade*, preservar ou proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, representando um sistema de *responsabilidade compartilhada* entre aqueles dois entes políticos. Há ainda instrumentos para os indivíduos cumprirem a sua responsabilidade ambiental, como é o exemplo da Ação popular, Ação civil pública, entre outros meios, que formam os pressupostos para o estabelecimento de uma cidadania ambiental.

O Poder Público também dispõe de vários meios jurídico-administrativos, para a gestão do meio ambiente. Os agentes públicos detêm o poder de polícia, fato este de suma importância no trabalho de fiscalização e penalização no tratamento de assuntos ambientais.

A ocorrência de um dano ambiental enseja ao autor a sua responsabilização, a fim de que este promova o restabelecimento da situação anterior (do ecossistema, por ex.), ou, se isso não for possível, o autor deverá ser penalizado materialmente em resposta a uma demanda de dano patrimonial e/ou moral, num processo de *responsabilização* do agente causador dano. Nesta oportunidade, cumpre esclarecer que, no Brasil, são adotados os sistemas de responsabilização, civil, administrativa e penal, que podem ser utilizados simultânea e cumulativamente na defesa do meio ambiente, assunto este que se tratará a seguir.

---

<sup>193</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro. Op. cit.*, p. 70-71.

### 1.2.1.2.1 Responsabilidade civil ambiental

Tratando-se de responsabilização por danos causados ao meio ambiente, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de tripla responsabilização, ou seja: o agente poderá ser condenado nas esferas administrativa, penal e cível de forma independente. O § 3º do art. 225, da Carta Magna estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

O dano a ser reparado é formado por elementos *materiais* como, por exemplo, a água, a flora e a fauna, além do elemento representado pelo macrobem, ou seja, a qualidade de todo o ambiente, como um bem incorpóreo e *imaterial*. Isso se justifica pelo fato de que a degradação de um ponto no ambiente interfere no equilíbrio ecológico como um todo, pois existe uma interdependência entre os elementos na natureza. Além dos aspectos materiais e imateriais do dano reparável, há ainda a previsão para a reparação do dano moral.<sup>194</sup>

A Lei nº. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, no seu art. 14, § 1º, estabelece que: “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, *independentemente de existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.”<sup>195</sup>

Trata-se de responsabilidade objetiva (independente de culpa), que é retratada no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial nº. 467212, Processo: 200201066716, cuja decisão foi proferida em 28/10/2003, e que possui a seguinte ementa:

Ementa: 1. “[...] O meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é direito de todos, protegido pela própria Constituição Federal, cujo art. 225 o considera “bem de uso

<sup>194</sup> O *dano moral* caracteriza-se pelo prejuízo ao indivíduo ou à coletividade de caráter imaterial ou não patrimonial. O dano extrapatrimonial é ainda dividido em dois aspectos: a) aspecto subjetivo do dano - o interesse ambiental atingido possui caráter individual. Ocorre quando a vítima experimenta algum sofrimento psíquico, de afeição ou físico, sofrimento de ordem interna. b) aspecto objetivo - quando o interesse ambiental atingido é difuso. Neste caso, o dano é relativo ao meio social como um todo, atingindo valores imateriais da pessoa difusa ou da coletividade, como, por exemplo, a degradação do meio ambiente ecologicamente equilibrado ou da qualidade de vida, fundamental e global. Trata-se aqui do que Leite *et al* chamam de uma *visão antropocêntrica alargada*, onde a preservação do meio ambiente não visa apenas a interesses humanos imediatos, mas, sobretudo, a um valor inerente àquele, que, se preservado, garante qualidade de vida para todas as pessoas. Cf. LEITE, José Rubens Morato. Jurisprudência sobre dano moral ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato *et al*. *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 361.

<sup>195</sup> Grifo nosso.

comum do probo e essencial à sadia qualidade de vida”. (...) Além das medidas protetivas e preservativas previstas no § 1º, incs. I-VII do art. 225 da Constituição Federal, em seu § 3º ela trata da responsabilidade penal, administrativa e civil dos causadores de dano ao meio ambiente, ao dispor: (...). Neste ponto a Constituição recepcionou o já citado art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81, que estabeleceu responsabilidade objetiva para os causadores de dano ao meio ambiente, nos seguintes termos: “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” [grifos nossos] (Sergio Cavalieri Filho, *in* “Programa de Responsabilidade Civil”) 2. As penalidades da Lei n.º 6.938/81 incidem sem prejuízo de outras previstas na legislação federal, estadual ou municipal (art. 14, *caput*) e somente podem ser aplicadas por órgão federal de proteção ao meio ambiente quando omissa a autoridade estadual ou municipal (art. 14, § 2º). A *ratio* do dispositivo está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação. 3. À Capitania dos Portos, consoante o disposto no § 4º, do art. 14, da Lei n.º 6.938/81, então vigente à época do evento, competia aplicar outras penalidades, previstas na Lei n.º 5.357/67, às embarcações estrangeiras ou nacionais que ocasionassem derramamento de óleo em águas brasileiras. 4. A competência da Capitania dos Portos não exclui, mas complementa, a legitimidade fiscalizatória e sancionadora dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente. 5. Para fins da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, art. 3º, qualifica-se como poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. 6. Sob essa ótica, o fretador de embarcação que causa dano objetivo ao meio ambiente é responsável pelo mesmo, sem prejuízo de preservar o seu direito regressivo e em demanda infensa à administração, *inter partes*, discutir a culpa e o regresso pelo evento. 7. O poluidor (responsável direto ou indireto), por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 – “sem obstar a aplicação das penalidades administrativas” é obrigado, “independentemente da existência de culpa”, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, “afetados por sua atividade”. 8. Merecem tratamento diverso os danos ambientais provocados por embarcação de bandeira estrangeira contratada por empresa nacional cuja atividade, ainda que de forma indireta, seja a causadora do derramamento de óleo, daqueles danos perpetrados por navio estrangeiro a serviço de empresa estrangeira, quando então resta irretorquível a aplicação do art. 2º, do Decreto n.º 83.540/79. 9. De toda sorte, em ambos os casos há garantia de regresso, porquanto, mesmo na responsabilidade objetiva, o imputado, após suportar o impacto indenizatório não está inibido de regredir contra o culpado. 10. *In casu*, discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ.

Neste caso foi imputada a responsabilidade objetiva ao agente causador do dano, com fulcro tanto na Constituição Federal, quanto na Lei que trata da política nacional do meio ambiente. Destaca-se que, neste caso, o fretador de embarcação que causou dano objetivo ao meio ambiente foi considerado responsável pelo mesmo, sem prejuízo do seu direito de regresso, onde se discutirá a culpa e o regresso pelo evento.

Sobre esse ponto, a ementa do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento de Apelação Cível, nº. 403277, Processo nº. 200104010162153, cuja decisão foi prolatada em 22/10/2002, estabelece o seguinte:

Ementa: Administrativo. Constitucional. Ação civil pública. Meio ambiente. Mineração. Danos causados. Indenização. Responsabilidade objetiva do poluidor.



Responsabilidade subjetiva da União. I - Inocorrência de cerceamento pelo indeferimento de prova, porquanto a responsabilidade do poluidor é objetiva, prescindindo da prova de culpa, constituindo-se o dano e o nexo causal fatos notórios conforme elementos comprobatórios encartados nos autos do inquérito civil público. II - Incidência do artigo 1518 do Código Civil que consagra a responsabilidade solidária dos causadores do dano. Possibilidade de regresso com fulcro no artigo 1524 do Código Civil. III - A responsabilidade civil da União na espécie segue a doutrina da responsabilidade subjetiva, traduzida na omissão – ‘faute du service’. Hipótese em que provada a ineficiência do serviço fiscalizatório. Responsabilidade solidária do ente estatal com o poluidor. IV - Reconhecimento da improcedência da ação em relação ao Estado de Santa Catarina pois, anteriormente à Constituição Federal de 1988, a competência administrativa em relação às jazidas, minas e demais recursos minerais era privativa da União Federal, nos termos do artigo 168 da CF/67. A norma inserida na Lei nº. 6.938/81 conferindo competência ambiental aos Estados-membros deve ser interpretada em consonância com a Constituição. Hipótese em que restou comprovado que após 1988, o Estado de Santa Catarina, através da FATMA, teve intensa atuação em prol do meio ambiente. V - Não estando consagrada expressamente na lei vigente à época dos fatos a teoria da desconsideração da personalidade jurídica independente de culpa dos sócios das empresas, a improcedência da ação em relação aos sócios é medida que se impõe em face da ausência de prova da culpa *lato sensu*. VI - Improcedência da ação em relação à ré Nova Próspera S.A. pela aplicabilidade da Lei das Sociedades Anônimas que em seu artigo 233, parágrafo único, dispõe sobre a responsabilidade única do vendedor quando afastada a solidariedade através de contrato.

Cuida-se de caso de responsabilidade objetiva do poluidor, por poluição de rio em função de exploração mineral. Nesse julgamento, o fato foi considerado notório, e ainda ficou comprovado o nexo de causalidade. O caso foi considerado de co-responsabilidade, com possibilidade de ação regressiva no que concerne ao custo da reparação do dano, com fulcro no artigo 1524 do Código Civil. Doutrinariamente, Mirra define a responsabilidade civil objetiva estabelecida no § 1º, do art. 14, da Lei da PNMA como uma

[...] responsabilidade fundada no simples risco ou no simples fato da atividade degradadora, independentemente da culpa do agente causador do dano. Nessa matéria, portanto, para a responsabilização do degradador do meio ambiente, basta a demonstração (a) do dano ambiental, (b) de uma atividade degradadora do meio ambiente e (c) do nexo causal entre o dano e o fato da atividade degradadora, sendo irrelevante discutir se houve culpa ou não do agente.<sup>196</sup>

Alguns autores afirmam que, no Brasil, adota-se um sistema que conjuga concomitantemente responsabilidade objetiva e reparação integral do dano. Tal orientação é pertinente no sentido de que decorre do inafastável princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, vedando-se qualquer dispositivo que tenda à

<sup>196</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édís Milaré, n. 32, out./dez., 2003. p. 69.

predeterminação de limites à reparabilidade de danos ambientais. Nestes termos, no Direito brasileiro vigoraria a responsabilidade objetiva combinada com a indenização ilimitada.<sup>197</sup>

O princípio da reparação integral do dano manifesto no *caput* do art. 944, do novo Código Civil tem inteira aplicação na reparação do dano ambiental, significando que a indenização deverá ser medida pela extensão do dano. A reparação deverá restabelecer, na medida do possível, a situação anterior do meio degradado. Assim, no âmbito do Direito civil, o art. 942 do novo Código estabelece que “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” Destaca-se, ainda, que são solidariamente responsáveis com os autores, os co-autores e as pessoas designadas no art. 932 do referido Código.

Na esfera do Direito ambiental, a questão das excludentes de ilicitudes (caso fortuito e força maior), previstas no art. 1.058 do Código Civil, divide tanto a doutrina quanto a jurisprudência. E este fato pode representar uma brecha para se evitar a responsabilização do agente causador do dano, contribuindo para a ineficácia das normas relativas ao meio ambiente. Sobre esse ponto, a *teoria do risco integral* defende que qualquer risco conexo ao empreendimento deverá ser integralmente internalizado pelo processo produtivo. Já pela *teoria do risco criado* o empreendedor deve assumir apenas o risco que apresentar periculosidade, e que possuir aptidão de criar situações lesivas.<sup>198</sup>

Todavia, atualmente a doutrina vem se posicionando cada vez mais em favor da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco, sobretudo na modalidade do *risco integral*,<sup>199</sup> onde se defende a inexistência, inclusive, das excludentes de ilicitudes. Nestes termos, a responsabilização do agente degradador dar-se-ia apenas com base no *fato danoso*. Entre os argumentos dos defensores daquela teoria está a urgência no desenvolvimento de mecanismos que aumentem a eficácia na contenção do dano ambiental no Brasil.

---

<sup>197</sup> MIRRA, Álvaro Luiz. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de et al. *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 120.

<sup>198</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 8, n. 32, p. 83-103, out./dez., 2003. p. 86.

<sup>199</sup> Sobre esse assunto, BONA comenta o seguinte: “Recentemente a responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco e, mais especificamente, na modalidade do risco integral, linha pioneira de Sérgio Ferraz que influenciou doutrinas como Mancuso, Milaré, Benjamin, Nery, dentre outros, vem ganhando força. Esta teoria é considerada um tanto rigorosa, pois sugere a inexistência de excludentes de responsabilidade, obrigando o autor do dano a repará-lo baseado, apenas, no fato danoso. Não obstante, justifica-se, porém, esta idéia pela alarmante situação de degradação do meio ambiente apresentada no Brasil. Além da inexistência do elemento culpa, quando se cogita da responsabilidade civil ambiental, diz-se prescindir, também, a licitude do ato que gerou o dano. Esta idéia é observada, por exemplo, na ação civil pública ambiental que ataca, necessariamente, a potencialidade do dano ao meio ambiente gerado pelo ato.” In: BONA, Patrick Galli De. Responsabilidade ambiental do Município. In: CAON, Leoberto Baggio et al. *Temas jurídicos relevantes*. Florianópolis: Insular, 2004. p. 132-33.

Na teoria do risco integral, o dever de reparação do dano ambiental é fundamentado pelo simples fato de existir a atividade pela qual adveio o prejuízo. Deste modo, na ocorrência do dano ao meio ambiente, por motivo de falha humana ou técnica, por obra do acaso ou por força da natureza, o empreendedor é responsável civilmente, respondendo pelos danos causados, com a ressalva de poder acionar regressivamente o verdadeiro causador do dano, se isso for possível.

De acordo com Martins, a doutrina vem adotando a tese da teoria do risco, com fundamento no princípio da equidade, no sentido de que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco dela resultante. Mas para a responsabilidade ser configurada deverá haver a ligação entre a causa e o efeito do dano ambiental; e a responsabilidade somente será excluída nas hipóteses em que o risco não for criado; o dano inexistir; e o dano não guardar relação causal com o criador do risco.<sup>200</sup>

Steigleder sustenta que o sistema de responsabilização brasileiro pode ampliar as hipóteses de responsabilização, como é o caso, *v.g.*, da *responsabilidade pós-consumo*, imposta a fontes geradoras, em face do risco intrínseco ao produto. Assim, mesmo após a utilização do produto pelo consumidor, a fonte geradora do resíduo se responsabilizaria pela sua destinação final, como já ocorre - inclusive com as respectivas normatizações - com produtos como agrotóxicos, pneus, pilhas e baterias de telefone celular etc.<sup>201</sup>

A hipótese da responsabilização pós-consumo seria viabilizada pela teoria do risco integral. O art. 12, do Código de Defesa do Consumidor – CDC estabelece que “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

Já o § 1º, incisos II e III, do artigo *supra* dispõem que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação. Neste caso, Steigleder entende que, apesar de a doutrina aceitar as excludentes do CDC (art. 12, § 1º, III), esta solução não deverá ser adotada no âmbito ambiental. Assim, produtos antigos, elaborados com tecnologias

---

<sup>200</sup> MARTINS, Rode Anélia. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 193.

<sup>201</sup> Steigleder, *op. cit.*, p 93.

antigas e que não respeitam as normas atuais, e que geram danos ambientais deverão aferir a responsabilidade do agente poluidor, sendo irrelevante o fato de que o controle da poluição fazia-se de acordo com a tecnologia disponível da época, pois inexistia um direito adquirido a poluir, e o empreendedor é obrigado a se ajustar às novas exigências e limites de poluição.<sup>202</sup>

O argumento de degradação preexistente acarreta a responsabilidade solidária da nova fonte poluidora pelo estado do bem na atualidade. Como já esclarecido anteriormente, na teoria do risco integral, não se admite as excludentes de ilicitudes, já que a condição para o evento danoso é simplesmente a existência da atividade. Além disso, tais excludentes não correspondem ao modelo da responsabilidade objetiva adotado no Brasil.

De outro vértice, a teoria do risco criado admite tais excludentes, buscando-se a exata causa do dano ambiental, isso porque haveria uma ruptura do *nexo de causalidade* entre a atividade do agente e o resultado danoso. Cabe mencionar, ainda, uma posição intermediária que admite apenas a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, por consistirem fatos externos, imprevisíveis e irresistíveis, não havendo relação com os riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade, e desde que não seja empresa exploradora de atividade de risco.<sup>203</sup> Por seu turno, Mirra entende que a responsabilidade civil ambiental, no Brasil

[...], resulta de um sistema próprio e autônomo no contexto da responsabilidade civil, com regras especiais que se aplicam à matéria, em detrimento das normas gerais do Código Civil. Nesse sentido, a responsabilidade civil por danos ambientais está sujeita a um regime jurídico específico, instituído a partir de normas da Constituição Federal e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, derogatório do regime geral do Código Civil.<sup>204</sup>

Nestes termos, não haveria obstáculos à plena reparabilidade do dano ambiental, já que o sistema de responsabilidade por danos ambientais disporia de regras específicas e derogatórias do regime geral de responsabilidade civil, valorizando-se, dessa forma, a indisponibilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Quanto à transação, prevista no art. 841 do Código Civil - que estabelece que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação” - é importante frisar que, em princípio, não é permitida a utilização desse instituto quando se trata de bens ambientais, isso em razão do caráter da sua indisponibilidade, e por tratar-se de um bem de uso comum do povo.

---

<sup>202</sup> Idem, p. 102.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 97-99.

<sup>204</sup> Mirra, A. L. V. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano*. Op. cit., p. 74-75.

No entanto, a doutrina vem admitindo a hipótese de transação na Ação civil pública. Esta orientação ganhou força a partir da introdução no texto da Lei da ação civil pública, de dispositivo que autoriza o compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, estabelecido no art. 5º, § 6º, daquela lei. Cuida-se de modalidade de acordo extrajudicial firmado entre os órgãos públicos legitimados para a causa na Ação civil pública ambiental e o degradador. Alguns autores entendem tal compromisso como a consagração definitiva no Direito brasileiro da admissibilidade de transações em tema de direitos e interesses difusos.<sup>205</sup>

A principal finalidade do termo de ajustamento de conduta é a busca de uma solução extrajudicial de litígios que envolvam direitos difusos e coletivos, sem a necessidade de propositura de ação judicial. Mas, mesmo que ocorra a demanda judicial, o compromisso poderá ser celebrado. Neste caso, será homologado o termo de ajustamento em juízo, que terá a natureza de título executivo judicial.

A despeito da possibilidade de compromisso de ajustamento de conduta, a reparação integral do dano deverá ser mantida, pois a transação somente poderá se realizar no âmbito das condições de como será feita a reparação; e o degradador ainda deverá empreender as medidas necessárias para reconstituir o meio ambiente o mais próximo possível da sua situação original (anterior à prática do dano).

Apesar do rigor da *teoria do risco integral* no sistema de responsabilização por danos causados ao meio ambiente, é oportuno dizer que, com a adoção desta teoria, a internalização dos custos ambientais dar-se-ia de forma mais efetiva, sobretudo naquelas situações em que os agentes poluidores trabalham ou produzem no âmbito do mercado, já que estes agentes, especificamente, produzem danos significativos ao meio ambiente. Neste caso, a defesa do interesse público estaria acima dos interesses privados, aproximando-se, gradativamente, do estabelecimento e manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as atuais e futuras gerações.

Nesta oportunidade, cabe ainda mencionar a questão da quantificação do dano ambiental, já que além de se aferir a responsabilização, há a necessidade de determinação do valor a ser pago pelo dano produzido. A Lei 9.605/98, no *caput* do art. 19, recomenda que a perícia fixe o montante do prejuízo causado, para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa. O art. 20, do mesmo diploma legal, determina que, sempre que possível, a sentença penal condenatória deve fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

---

<sup>205</sup> Idem, p. 80.

O Decreto 3.179/99 trata da especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a exemplo do seu art. 40, que determina a punição do uso de fogo em áreas agropastoris sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida, fixando como pena uma multa de mil reais por hectare ou fração. Já o art. 41 do mesmo decreto prevê - para quem causar poluição de qualquer natureza, que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora – o pagamento de multa que varia de mil reais a cinquenta milhões de reais, ou a aplicação de multa diária.

No que concerne às normas relativas à avaliação da responsabilidade e liquidação das obrigações presentes no Direito Civil brasileiro, cabe mencionar o art. 402 do novo Código Civil, que estabelece que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” Neste ponto, Tessler acrescenta que, no que afeta à produção de provas, todos os meios legais, moralmente legítimos, são aptos para provar a verdade dos fatos. A autora afirma que “o juiz, na falta de critérios ou na insuficiência para a avaliação do dano, aplicará as regras de experiência comum e as de experiência técnica, o exame pericial, a analogia, o costume e os princípios gerais de direito.”<sup>206</sup>

Reconhece-se que ainda existe certa dificuldade no trabalho de quantificação do dano ambiental, já que – não obstante a existência de alguns critérios objetivos como, por exemplo, perícias técnicas que avaliem prejuízos – muitas vezes o dano envolve questões subjetivas como, v.g., o valor de uma paisagem destruída, ou mesmo a aferição do que representava um rio para determinada comunidade. Para a execução daquele trabalho, há alguns critérios e metodologias que poderão ser utilizados como: a) os critérios baseados em preços de mercado diferencial da produtividade; e em perdas e danos; b) técnicas de mercado de recorrência; c) técnicas de mercados hipotéticos; d) técnicas baseadas em pesquisa de opinião; e) critérios baseados em custos evitados ou benefícios perdidos, entre outros.

Na doutrina, ainda se fala em dano ambiental potencial (*in re ipsa*). Este caracteriza-se como um dano considerado inevitável em razão dos fatos ocorridos. Cuida-se de um dano que pode ser facilmente presumido, e que apresenta grande dificuldade ou mesmo impossibilidade de apuração imediata, em face das circunstâncias do caso concreto. Assim, o dano *in re ipsa* delinea-se na hipótese de notória e comprovada potencialidade do dano em determinadas circunstâncias, a exemplo do derrame de grande quantidade de ácido sulfúrico

---

<sup>206</sup> TESSLER, Marga Barth. O valor do dano ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos (Org.). *Direito Ambiental em Evolução*. N. 2. Curitiba: Juruá, 2003. p. 170-71.

ao mar, devidamente autuado. Num caso em que - mesmo desconhecendo-se o real impacto da substância tóxica no meio ambiente marinho - é certa a existência e ocorrência do dano pela própria natureza da ação degradadora. Nesta situação, o dano seria passível de indenização em favor da coletividade.<sup>207</sup>

Sobre o dano ambiental potencial, Pacheco observa que “o instituto proposto agrega também efeito pedagógico e preventivo, o que é fundamental tendo em vista que em muitos tipos de dano ao meio ambiente é impossível ao poluidor restabelecer o ambiente ferido ao seu *statu quo ante*.”<sup>208</sup> Aquele efeito resultaria no desestímulo à repetição do ato lesivo, induzindo à prevenção no intuito de se evitar prejuízos futuros. Segundo o autor,

Presente a prova do ato lesivo e a notoriedade do prejuízo causado, poderá o causador ser punido na forma cabível, dispensando, nestes casos específicos, as perícias intermináveis, morosas e onerosas; o arrolamento de testemunhas, que seriam pouco úteis à elucidação dos fatos “notórios”, e que não trariam resultado prático algum senão o atravancamento das demandas que exigem perícias de difícil ou até impossível execução.<sup>209</sup>

Quanto ao dano moral<sup>210</sup> – que pode ser individual ou coletivo, e cuja reparação foi consagrada na Constituição Federal de 1988 – normalmente se considera dificultoso o trabalho de quantificação do valor a ser atribuído ao mesmo. Todavia, a poluição de um rio de dada cidade, que cause prejuízos para a população ali residente, deve ser indenizado em razão do dano material (patrimonial) e do dano moral, conforme as circunstâncias do caso.

De acordo com Dantas *et al*, “[...], em não havendo critérios legais seguros para aferir o *quantum* indenizatório do dano moral, deve o julgador, observadas as circunstâncias do caso concreto, utilizar-se do arbitramento, para fixar o valor da condenação.”<sup>211</sup> Assim, o juiz deverá se valer das fontes supletivas para valorar o dano, e fixar o *quantum* da

<sup>207</sup> PACHECO, Cristiano de Souza Lima. *O dano ambiental potencial*. Disponível em <[http://www.brasilpnuma.org.br/pordentro/artigos\\_020.htm](http://www.brasilpnuma.org.br/pordentro/artigos_020.htm)>. Acesso em 11 fevereiro 2008.

<sup>208</sup> *Idem*.

<sup>209</sup> *Ibidem*.

<sup>210</sup> Conforme Leite *et alli*, o dano extrapatrimonial ou moral é dividido em dois aspectos. “O aspecto subjetivo do dano (em que o interesse ambiental atingido diz respeito a um interesse individual) ocorre quando a vítima experimenta algum sofrimento psíquico, de afeição ou físico. Na hipótese de lesão ambiental, configura-se subjetiva quando, em consequência desta, a pessoa venha a falecer ou sofrer deformidades permanentes ou temporárias, acarretando sofrimento de ordem direta e indireta. Ocorre o que se chama de dano reflexo, ou efeito ricochete, isto é, uma lesão ao meio ambiente resvala no indivíduo, causando-lhe problemas de ordem pessoal. Verifica-se, por outro lado, o dano moral ambiental em seu aspecto objetivo (quando o interesse ambiental atingido é difuso) quando não há repercussão na esfera interna da vítima de forma exclusiva, mas diz respeito ao meio social em que vive. Nesse caso, o dano atinge valores imateriais da pessoa difusa ou da coletividade, como, por exemplo, a degradação do meio ambiente ecologicamente equilibrado ou da qualidade de vida, como um direito intergeracional, fundamental e global.” In: LEITE *et alli*. *Jurisprudência sobre dano moral ambiental*. In: LEITE, J. R. Morato; FERREIRA, H. Sivini (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

<sup>211</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo *et alli*. O Dano moral ambiental e sua reparação. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de *et al*. *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 61.

indenização por meio de sentença condenatória líquida. Isso com base no art. 4º da LICC que estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>212</sup>

Por fim, destaca-se que o arbitramento dos danos morais ou danos potenciais estão subordinados ao princípio da motivação das decisões judiciais, e ao princípio da razoabilidade. Deve-se, deste modo, escolher um critério para o arbitramento do valor da indenização, proferindo-se decisões motivadas, primando-se pela ponderação dos valores em questão no caso concreto, sempre dentro de um contexto de razoabilidade.

### **1.2.1.2.2 Responsabilidade penal ambiental**

A responsabilização na esfera penal contribui substancialmente para a afetividade do mandamento constitucional previsto no *caput* do art. 225 da Carta Magna, já que a norma ambiental penal tem efeitos preventivos, na medida em que a sanção imposta pelas normas pretendem inibir a prática do dano ambiental criminal.

No âmbito do Direito penal, destaca-se o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e o princípio da anterioridade, explicitado no art. 1º, do Código Penal brasileiro, que determina que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Deste modo, a responsabilidade penal ambiental precisa ser pautada nestes dois princípios fundamentais do Direito penal geral.

O § 3º, do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil,<sup>213</sup> estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” Este dispositivo foi regulamentado pela Lei nº. 9.605/98, dando poderes ao Estado na atuação e defesa da sociedade com base no *jus puniendi*.

Entre as leis que contêm tipos penais visando a repressão de condutas degradadoras do meio ambiente pode-se citar: Lei nº. 9.605/98; Lei nº. 4.771/65 (Contravenções remanescentes contra a flora); Lei nº. 7.802/89 (Lei dos agrotóxicos); Lei nº. 6.453/77 (Lei sobre atividades nucleares), DL nº. 3.688/41 (Lei das contravenções penais) entre outras.

---

<sup>212</sup> Ver art. 126, do Código de Processo Civil.

<sup>213</sup> A Constituição prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos arts. 225, § 3º e art. 173, § 5º.



A Lei nº. 9.605/98 trata de crimes contra o meio ambiente, além de prever infrações administrativas ambientais. Esta Lei dispõe sobre processo penal e cooperação internacional para a preservação do meio ambiente, e traz como inovações marcantes a não utilização do encarceramento como norma geral para as pessoas físicas criminosas; a responsabilização penal das pessoas jurídicas; além da valorização da intervenção da Administração Pública, por meio de autorizações, licenças e permissões.<sup>214</sup> Com relação à efetividade da aplicação das *sanções penais* e a sua contribuição para a preservação do meio ambiente, Benjamin destaca que

O extermínio de jacarés no Pantanal é um dos exemplos que comprovam de um lado a insuficiência da regulação administrativa e civil e, de outro a eficiência da criminalização rigorosa. Caçados aos milhares, essa espécie foi salva da extinção pela Lei 7.653/88 (Lei Fragelli), que transformou tal prática anti-ambiental de contravenção em crime.<sup>215</sup>

A Lei nº. 9.605/98, como um dos principais instrumentos para a responsabilização penal ambiental, apresenta muitos aspectos a serem estudados, para que a mesma seja entendida na sua integralidade. Contudo, neste trabalho, tratar-se-á de alguns assuntos considerados de maior relevância, já que o propósito não é o de aprofundar a pesquisa neste ponto específico. Assim sendo, a seguir far-se-á alguns esclarecimentos considerados oportunos.

Inicialmente, é importante dizer, que sujeito ativo num crime ambiental poderá ser apenas a pessoa física, mas a pessoa jurídica também poderá ser responsabilizada ao praticar o crime previsto legalmente, sendo penalizados na medida da sua culpabilidade, conforme o disposto no art. 2º, da Lei nº. 9.605/98.<sup>216</sup> As pessoas jurídicas poderão ser de Direito público, interno (União, Estados, DF, Territórios, Municípios, autarquias, inclusive as associações públicas, e as demais entidades de caráter público criadas por lei); direito público externo; e ainda de direito privado. De acordo com o estabelecido no art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado: as associações; as sociedades; as fundações; as organizações religiosas; e os partidos políticos.

---

<sup>214</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro. Op. cit.*, p. 658-59.

<sup>215</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al. Direito Ambiental em Evolução*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2003. p. 28-29.

<sup>216</sup> A lei de crimes ambientais, embora tenha previsto a responsabilidade penal da pessoa jurídica, deixou à mingua regras penais e processuais que deveriam instrumentalizar essa responsabilização. O processo penal clássico é voltado ao réu como pessoa física. A integração de lacunas legislativas exige pensar novos critérios no encontro dos procedimentos aplicáveis. Cf. D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito Ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001*. São Paulo: Editora RT, 2004.

O art. 3º, da Lei nº. 9.605/98, prevê a responsabilização da *pessoa jurídica* nos âmbitos administrativo, civil e penal, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. Além disso, o art. 24 do mesmo diploma legal, dispõe que a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido pela Lei terá decretada sua liquidação forçada, e seu patrimônio será considerado instrumento do crime, e será revertido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

O acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou Apelação Criminal nº. 10177, Processo nº. 200172040022250, cuja decisão unânime foi prolatada em 06/08/2003 e negou provimento à apelação, traz a seguinte ementa:

Ementa: Penal. Crime contra o meio ambiente. Extração de produto mineral sem autorização. Degradação da flora nativa. Arts. 48 e 55 da Lei nº. 9.605/98. Condutas típicas. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Cabimento. Nulidades. Inocorrência. Prova. Materialidade e autoria. Sentença mantida. 1. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, a Constituição Federal (art. 225, § 3º) bem como a Lei nº. 9.605/98 (art. 3º) inovaram o ordenamento penal pátrio, tornando possível a responsabilização criminal da pessoa jurídica. 2. Nos termos do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se dele não resultar prejuízo à defesa (*pas de nullité sans grief*). 3. Na hipótese em tela, restou evidenciada a prática de extrair minerais sem autorização do DNPM, nem licença ambiental da FATMA, impedindo a regeneração da vegetação nativa do local. 4. Apelo desprovido.

Este caso denota um exemplo jurisprudencial de responsabilização da pessoa jurídica, condenando-a por atividade clandestina, ou seja, exploração mineral sem autorização dos órgãos ambientais competentes, e conseqüente dano ecológico à flora local.

Outro exemplo é o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou Mandado de Segurança nº. 4992, Processo: 200204010549362, onde a decisão unânime foi proferida em 25/02/2003:

Ementa: Constitucional. Mandado de segurança. Processo penal. Ambiental. Ampla defesa. Denúncia inepta. Constituição Federal, art. 5º, inc. LV. CPP, art. 41. Lei 9.605/98, artigos 40 e 55, tentativa de extração de recursos naturais. Dano à unidade de conservação. 1. Estando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas prevista no art. 225, § 3º da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 9.605/98, descabe criar interpretações destinadas a reconhecer como inconstitucional o que a Constituição criou, pois é vedado ao Juiz substituir-se à vontade do constituinte e do legislador, ainda que dela possa discordar. 2. As pessoas jurídicas podem ser processadas por crime ambiental, todavia, a denúncia deve mencionar que ação ou omissão foi fruto de decisão de seu representante legal ou contratual, ou do seu órgão colegiado, ainda que esta decisão tenha sido informal ou implícita. 3. Os consórcios são mera união de pessoas jurídicas e, por não terem personalidade jurídica, não respondem por crimes ambientais praticados por suas componentes, seus representantes ou

empregados. 4. É inepta a denúncia que de forma genérica e sem especificar a ação ou omissão de cada denunciado, três pessoas jurídicas e oito pessoas físicas, atribui-lhes a prática de crimes ambientais sem levar em conta se o Departamento Nacional de Produção Mineral deu ou não autorização para os acusados explorarem recursos minerais e sem especificar que tipo de unidade de conservação foi atingida, de que forma, e a serviço de que pessoa jurídica agiram as pessoas físicas.

Nesta oportunidade, chama-se a atenção para a importância do cumprimento rigoroso de algumas questões processuais, para que se promova a efetiva responsabilização do agente causador do dano ambiental. No caso em tela, decidiu-se pela impossibilidade de imputação ao consórcio a responsabilidade pelo crime ambiental, sendo que o representante legal ou contratual deveria ter sido apontado na denúncia, que foi julgada inepta.

Esclarece-se que a responsabilização de pessoa jurídica de Direito público é um caso ainda mais complicado e controvertido, pois parte da doutrina não admite que as sanções previstas na Lei nº. 9.605/98 sejam aplicadas ao Estado, argumentando-se, por exemplo, que tal fato seria incompatível com as finalidades do mesmo. Deste modo, o Estado poderia ser apenado com a suspensão ou interdição temporária de suas atividades, contrariando princípio da continuidade dos serviços públicos.

Contudo, é difícil consentir com a impunidade afeta aos atos lesivos ao meio ambiente, praticados por pessoas jurídicas de Direito público. Afinal, no Brasil, estas pessoas estão, ao lado dos agentes mercadológicos, entre aqueles que mais promovem a degradação do meio ambiente. Cita-se o exemplo da falta de saneamento básico; dos depósitos de lixo sem os devidos cuidados com o meio ambiente; a freqüente falta de fiscalização ambiental, entre uma infinidade de exemplos que são públicos e notórios.

De fato, à pessoa jurídica, aqui incluída a de Direito público, não cabe penas privativas de liberdade (prisão), mas tão-somente as restrições descritas no art. 22 da Lei nº. 9.605/98 (suspensão parcial ou total de atividades; interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações). Evidentemente, tais penas imputadas à Administração Pública acarretariam um prejuízo à sociedade e, por isso, descabe a sua aplicação ao ente público.

Por outro lado, se o Estado, ou seja, Administração Pública em geral (municipal, estadual e federal), não pode ser responsabilizado penalmente, na sua figura política, há que se responsabilizar os seus agentes. Entende-se, dessa forma, que a Lei nº. 9.605/98 (entre outras leis, como a que trata da improbidade administrativa) fornece os subsídios necessários para que o Poder Judiciário aplique sanções (restrições de direitos, prisão, multa etc.) àqueles

agentes que cometem crimes ambientais, e se escondem atrás da *máquina* do Estado. Neste caso, além de o administrador arcar com a responsabilização no âmbito administrativo, deverá também ser julgado como pessoa física conforme as leis penais ambientais que regularem o caso concreto.

O Estado deverá responder também pelas suas omissões na defesa do meio ambiente. As omissões da Administração Pública podem ocorrer pela falta de controle e fiscalização das atividades potencialmente degradadoras; ou ainda quando há omissão na adoção de providências administrativas estabelecidas constitucionalmente (e legalmente) necessárias à preservação e à restauração de bens e recursos ambientais.<sup>217</sup>

Sobre esse ponto, Mirra argumenta que a gestão do meio ambiente não é monopólio do Estado, já que o parágrafo único, art. 1º, da Constituição Federal de 1988, instituiu no Brasil um regime de democracia semidireta e participativa; além de estabelecer no *caput* do art. 225 da Constituição, a consagração do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo à coletividade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente.<sup>218</sup>

Nestes termos, a sociedade poderá, judicialmente, cobrar do Poder Público as suas omissões na defesa do meio ambiente, e o Poder Judiciário deverá aplicar as determinações contidas no § 1º, e respectivos incisos, do art. 225 da Carta Magna. Não obstante a possibilidade legal de responsabilização do Estado, por ação ou omissão, na pessoa de seus agentes, esta hipótese é de difícil efetivação, já que o Estado detém o monopólio da violência e da administração geral. Reafirma-se, todavia, que as omissões do Poder Público produzem degradações presentes e futuras, e o Estado deverá ser responsabilizado civilmente para a promoção da reparação do dano causado ao meio ambiente; e, ainda, penalmente, já que pessoa jurídica de Direito público deve ser responsabilizada na pessoa de seu agente ou representante.<sup>219</sup>

Um caso que trata da inércia do Poder Público está presente no acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que julgou Apelação Cível nº. 208164, Processo nº. 199902010386649, cuja decisão unânime foi prolatada em 24/02/2003. A ementa deste acórdão estabelece o seguinte:

---

<sup>217</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do meio ambiente: a omissão do poder público e o papel social do judiciário no controle da administração pública. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 30, abril/junho, 2003. p. 36.

<sup>218</sup> Idem, p. 30-38.

<sup>219</sup> Ver: art. 225, § 3º, da CF; art. 4º, VI e VII, e art. 14, *caput*, e § 1º, da Lei 6.938/ 81; e arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85.

Ementa: Ação civil pública. Direito ambiental. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diante da inércia do Poder Público em atender o mandamento constitucional, cabe ao poder judiciário assegurar o seu cumprimento. - O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação pública em face da Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE e do Estado do Rio de Janeiro, visando impedir a poluição do rio Paraíba do Sul que ocorre pelo despejo de esgoto *in natura*, buscando providências no sentido de que sejam realizadas obras para que se restabeleça o equilíbrio ambiental e seja resguardada a saúde pública. - A Constituição Federal assegura, em seu art. 225, que 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. - Diante da inércia da Administração Pública, em relação ao disposto no texto constitucional, é óbvio que cumpre a qualquer um da coletividade assegurar o cumprimento da norma, não existindo a ofensa ao princípio do equilíbrio entre os poderes. - Não há qualquer extrapolação do Poder Judiciário em relação às atribuições constitucionais do Poder Executivo, visto que através do presente feito, o Ministério Público Federal, na qualidade de fiscal da Lei, vem, tão-somente, requerer o cumprimento daquilo que foi deliberado pela Assembléia Nacional Constituinte. - Padece de fragilidade o argumento de que o Governo Estadual do Rio de Janeiro encontra-se em má situação financeira, eis que tal não constitui argumento juridicamente relevante, pois, se assim fosse, não haveria processo de execução, uma vez que todos os executados alegariam insuficiência de recursos. - Recursos parcialmente providos para condenar a Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE e do Estado do Rio de Janeiro a realizar o detalhamento do Projeto de Estação de Tratamento para despoluição do Rio Paraíba do Sul no trecho assinalado no processo, no prazo de noventa dias, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Finda a fase de planejamento, deve-se imediatamente iniciar-se a obra, sob pena da multa acima cominada a cada dia de atraso, respeitando o prazo final apurado para a entrega da obra, sob a mesma pena.

Conforme este acórdão, o Ministério Público Federal ajuizou Ação civil pública, onde o Governo do Estado do Rio de Janeiro e a Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE foram condenados a realizar o detalhamento do Projeto de Estação de Tratamento para despoluição do Rio Paraíba do Sul, sendo esta determinação do Poder Judiciário realizada em razão da inércia destas partes, destacando-se que este Poder considerou frágil, e juridicamente irrelevante, o argumento de que o Governo Estadual do Rio de Janeiro encontrava-se em má situação financeira.

O fato é que teoricamente as entidades públicas devem perseguir o interesse público, mas nem sempre isso acontece. Por isso, reafirma-se a necessidade de responsabilização penal também de agentes que figuram nos quadros da Administração Pública, a fim de se maximizar a efetividade da norma contida no art. 225 da Constituição da Federal, que trata do dever do *Poder Público* e da coletividade de preservar e defender o meio ambiente.

Com relação ao *sujeito passivo* dos crimes ambientais, este é caracterizado pela difusidade, e vem dotado de grande abstração ou indeterminação.<sup>220</sup> Quanto ao direito de

---

<sup>220</sup> BENJAMIN, A. H. V. *Crimes contra ao meio ambiente: uma visão geral*. Op. cit., p. 32-33.

ação, a norma do art. 26 da Lei nº. 9.605/98 prevê a iniciativa pública incondicionada daquele direito. Além disso, mesmo que a imputada seja a pessoa jurídica, há que ser resguardado o pleno contraditório direto (por aquele que, de fato, detém poderes de administração e conhece dos fatos) e a ampla defesa.<sup>221</sup>

A Lei nº. 9.605/98 não contém um sistema de penas muito elevadas, e a pena privativa de liberdade não tem destaque no rol dos crimes contra o meio ambiente,<sup>222</sup> sendo poucos os crimes que não são abrangidos pelos benefícios previstos na Lei 9.099/95.<sup>223</sup> Assim, quase todos os tipos penais da Lei nº. 9.605/98 admitem a transação. Neste caso, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, observadas as condições estabelecidas no art. 76, da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.<sup>224</sup>

Destaque-se que as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal aplicam-se subsidiariamente à Lei de crimes ambientais (art. 79). O art. 44, do Código Penal prevê a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos nas seguintes hipóteses: quando a privativa de liberdade já aplicada não for superior a quatro anos, e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (inciso I); nos casos em que o réu não for reincidente em crime doloso (inciso II); e nos casos em que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (inciso III).

Vários tipos penais previstos na Lei nº. 9.605/98 admitem a suspensão condicional do processo, também chamado de “*sursis* antecipado” ou “*sursis* processual” – admitido nas hipóteses de crimes em que a pena mínima cominada legalmente for igual ou inferior a um

---

<sup>221</sup> ARENHARDT, Bianca Geórgia Cruz. Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Jurídica: ação, processo e procedimento. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito Ambiental em Evolução*. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003. p. 88-90.

<sup>222</sup> Entre os raros crimes mais severamente apenados (reclusão) cita-se os previstos nos seguintes artigos: art. 41 – provocar incêndio em mata ou floresta - 2 a 4 anos; art. 50-A - Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente, desde que a conduta não seja praticada para a subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família - 2 a 4 anos; e art. 69-A - Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão - 3 a 6 anos de reclusão.

<sup>223</sup> De acordo com o art. 61 da Lei 9.099/95, “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

<sup>224</sup> Neste caso, o § 2º, e respectivos incisos do art. 76, da Lei 9.099/95 estabelece que “não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.”

ano. Aqui, o Ministério Público poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP);<sup>225</sup> permitindo-se, dessa forma, a extinção da punibilidade sem a imposição de pena. O artigo 16, da Lei nº. 9.605/98 ainda estabelece que nos crimes ali previstos, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos.

Apesar de a Lei nº. 9.605/98 ter recebido algumas críticas - seja por algumas deficiências de caráter processual, seja, pela omissão legislativa no sentido de limitar as penas no tempo, entre outras censuras - considera-se a lei em questão um instrumento de grande importância na defesa e proteção ambiental, sobretudo porque leis de caráter *penal* costumam persuadir de forma mais contundente os potenciais agentes causadores de danos. Destarte, mais urgente que o *aperfeiçoamento* da legislação penal ambiental, é a *aplicação* efetiva da legislação já existente, a fim de que seja cumprido o propósito de todo o sistema de responsabilização, ou seja: a prevenção e repressão de condutas danosas ao meio ambiente.

Finalmente, cabe ainda destacar o papel da polícia judiciária no auxílio ao cumprimento da função jurisdicional, no âmbito do Poder Judiciário, já que sem as polícias militar, civil e federal, este Poder certamente seria menos eficiente, em razão de que, na esfera penal, a efetividade da tutela do meio ambiente está intimamente ligada a uma eficiente atuação dessas polícias e do Ministério Público.

Ressalta-se que os trabalhos do Departamento de Polícia Federal - DPF - na área de combate aos delitos que envolvem o meio ambiente e o patrimônio histórico - foram formalizados a partir do Decreto 4.053/2001, que aprovou a nova estrutura regimental do Ministério da Justiça, e criou a Divisão de Repressão a Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Histórico - DMAPH. Esta Divisão desenvolve atividades de prevenção e repressão aos crimes ambientais na esfera federal. Em 2003, delegacias especializadas foram estabelecidas em cada uma das 27 superintendências do DPF, nomeadas como Delegacias de

---

<sup>225</sup> Diz o art. 77 do Código Penal: “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. § 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.”

Meio Ambiente e Patrimônio Histórico - DELEMAPH, consideradas braços operacionais no combate àqueles crimes.<sup>226</sup>

Nesse ponto, Tarso informa que a DMAPH é constantemente acionada tanto pelo Poder Público, quanto pela sociedade, que solicitam a deflagração de ações de combate à extração de madeiras em áreas da União, ao tráfico internacional de espécies ameaçadas, a proteção de bens culturais da União etc. Ademais, o Ministério do Meio Ambiente, o IBAMA, a FUNAI entre outros, têm estabelecido parcerias com a DMAPH, desenvolvendo-se a cooperação no tratamento das questões ambientais. Contudo, o autor alerta para a urgência e necessidade de treinamento e aparelhamento do Órgão Central, assim como o fortalecimento dos seus braços operacionais.<sup>227</sup>

Sobre esse assunto, Freitas comenta que, no Brasil, a atividade policial nem sempre é valorizada, e que uma atividade policial melhor estruturada na área ambiental produziria um maior número de decisões judiciais proferidas nesse campo. O autor ainda observa que, no âmbito federal, a criação da DMAPH conferiu maior efetividade às ações de prevenção e combate aos crimes ambientais, já que antes desse evento a apuração de tais crimes era praticamente inexistente, e hoje a Polícia Federal realiza “inúmeras operações de grande relevância” e com “excelentes resultados a favor do meio ambiente”.<sup>228</sup>

Assim, após as considerações realizadas acerca da responsabilidade civil e penal ambiental, a seguir tratar-se-á deste tipo de responsabilização no âmbito administrativo.

### **1.2.1.2.3 Responsabilidade administrativa ambiental**

A responsabilidade administrativa será aplicada pela Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Lei n°. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, em seu art. 70, estabelece que “considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.”

---

<sup>226</sup> TARSO, Paulo de. *O Departamento de Polícia Federal e a Repressão (e prevenção) aos crimes contra o meio ambiente e o patrimônio histórico*. Disponível em <<http://www.sindepolbrasil.com.br/sindepol05/ambiente.htm>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.

<sup>227</sup> Idem.

<sup>228</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *O Poder Judiciário e o Direito Ambiental no Brasil*. Disponível em <<http://www.congressoambiental.com.br/artigos/CONFERE%20MAGNA.pdf>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.



O Decreto nº. 3.179/99, que dispõe sobre a especificação das *sanções* aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelece no § 10, do art. 2º, que “independentemente de existência de culpa, é o infrator obrigado à reparação do dano causado ao meio ambiente, afetado por sua atividade.”

Assim, o principal fundamento legal para a aplicação de *sanções administrativas* encontra-se na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/98), e no Decreto nº. 3.179/99. Com relação à culpabilidade nesta esfera, a reparação do dano deverá ocorrer *independentemente da existência de culpa*, denotando a adoção do sistema de responsabilidade objetiva. Contudo, diverge-se doutrinariamente a respeito do regime de responsabilidade administrativa, acerca da imprescindibilidade ou não da configuração da culpa *lato sensu* para a aplicação das sanções.

Neste trabalho, entende-se - assim como vários autores, inclusive o Superior Tribunal de Justiça - que na responsabilidade administrativa não é necessária a comprovação da culpabilidade para fins de imputação de sanção ao agente. Isso porque este tipo de responsabilidade é objetiva, na modalidade do risco integral, analogamente ao que ocorre com a responsabilidade civil por danos ambientais, tendo por fundamento o mesmo art. 14, parágrafo 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.<sup>229</sup>

Cabe destacar que os parágrafos do art. 70, da Lei nº. 9.605/98, estabelecem que: a) os funcionários de órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha são as *autoridades competentes* para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo (§ 1º); b) qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no item anterior, para efeito do exercício do seu *poder de polícia* (§ 2º); c) a autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade (§ 3º); e, por fim, d) as infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições da lei em questão (§ 4º).

O acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que julgou Apelação em Mandado de Segurança nº. 49075, Processo nº. 9505121245, Órgão Julgador: Terceira Turma, cuja decisão unânime foi proferida em 19/09/1996, e que trata da legalidade de estabelecimento de multa aplicada pelo IBAMA, traz a seguinte ementa:

---

<sup>229</sup> Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 102.

Ementa: Administrativo. IBAMA. Auto de infração por desflorestamento. Multa. CHESF. Irregularidades procedimentais. Improcedência. Apelação Improvida. Segurança denegada. 1. O princípio da instrumentabilidade das formas recomenda que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido, pois o que realmente interessa é o fim a ser atingido pelo ato, e não o ato em si mesmo. 2. A Constituição Federal, em ser art. 225, “caput” e par. 3º, dispensou um especial cuidado à defesa do meio ambiente, tratando de estabelecer que a responsabilidade por condutas lesivas ao mesmo alcança todas as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, impondo-se sanções penais e/ou administrativas, além da reparação civil. 3. A chesf, como pessoa jurídica da administração indireta, na modalidade de sociedade de economia mista, não é imune à fiscalização dos órgãos responsáveis pela proteção do meio ambiente. O desflorestamento, se lhe for permitido, há de ocorrer em consonância com a autorização administrativa do órgão competente. 4. Apelação improvida.

Neste caso, a CHESF, pessoa jurídica da administração indireta, na modalidade de sociedade de economia mista, recebeu auto de infração pela realização de desflorestamento. No acórdão em questão, as alegadas irregularidades procedimentais foram desconsideradas tendo-se em vista o princípio da instrumentalidade das formas, já que o objetivo de responsabilização administrativa tinha sido perfeitamente atingido.

Outro exemplo é o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que julgou Agravo de Instrumento nº. 01000976736, Processo nº. 199801000976736, e que cuida do poder de polícia das autoridades ambientais, cuja decisão unânime que negou provimento ao agravo foi prolatada em 20/06/2001:

Ementa: Constitucional e meio ambiente. Dano ambiental e à segurança da navegação em área de preservação. Embarcação pertencente a Particular. Poder de polícia da União Federal. Responsabilidade de proteção e defesa do ecossistema afetado imputável ao ente público ante a inércia do particular em solucionar o problema. Art. 225 da Constituição Federal. 1. O Poder Público não se exime de sua responsabilidade na proteção e defesa do meio ambiente alegando a omissão do particular responsável pelo dano. Decorrência de seu poder de polícia e do dever imputado pela Constituição Federal. 2. Tem o ente público direito de regresso contra ofensor omissor para reaver o que despendeu na recomposição do dano causado. 3. Agravo improvido.

Aqui, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu que a omissão ou inércia do particular em solucionar problema relacionado ao meio ambiente, não exime o Poder Público de também protegê-lo, em razão do poder de polícia que a Administração detém. O poder de polícia, na esfera ambiental, é exercido pelos órgãos integrantes do SISNAMA. Este é formado por um conjunto de órgãos e instituições que nos níveis federal, estadual e municipal são encarregados da proteção ao meio ambiente. De acordo com Sirvinskas,

Poder de Polícia é a faculdade que tem a Administração Pública de limitar e disciplinar direito, interesse e liberdade, procurando regular condutas no seio da

sociedade para evitar abuso por parte do poder do Estado. São atributos do poder de polícia a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.<sup>230</sup>

A *discricionariedade* é baseada em critérios de oportunidade e conveniência, onde o administrador apresenta soluções para os casos que lhes são apresentados, observando, evidentemente, os limites estabelecidos na legislação (atos vinculados). A *auto-executoriedade* diz respeito ao fato de a Administração poder executar suas decisões de forma direta. E, por último, a *coercibilidade* refere-se à capacidade da Administração Pública de impor sanções no âmbito administrativo, podendo, inclusive, valer-se de força pública, se necessário, pois, nos casos de resistência ao cumprimento dos atos administrativos, os agentes da Administração poderão requisitar ajuda policial, para auxiliar no cumprimento dos seus deveres e obrigações.

A Constituição Federal estabelece vários princípios que devem ser observados pela Administração Pública, dentre eles: a) princípio da legalidade; b) impessoalidade; c) moralidade; d) publicidade e e) eficiência (art. 37, CF). Importa, ainda, dizer que os atos administrativos devem ser *publicados* (infrações e concessões de licenciamento), bem como se deve promover a *participação* na elaboração de tais atos, nos momentos de discussão e decisão. A Constituição exige, por exemplo, a publicidade do EPIA (art. 225, § 1º IV, CF). Além disso, os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão deverão ser publicados no jornal oficial do Estado, bem como no seu periódico regional ou local de grande circulação (art. 10, § 1º, da Lei n. 6.938/81).<sup>231</sup>

Além do dever de *publicação* a Administração Pública ainda tem o dever constitucional de fornecer *informações* aos seus administrados. Deste modo, o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal determina o direito de todos a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse e particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A respeito da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e privado, a Carta Magna estabelece, no seu artigo 37, § 6º, que faz parte do Capítulo VII que trata da Administração Pública, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

---

<sup>230</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 312.

<sup>231</sup> Idem, p. 316.

De fato, o Estado - por força art. 225, § 3º da Lei Maior, e art. 14, §1º da Lei 6.938/81 - já responde objetivamente por danos causados ao meio ambiente, no âmbito civil. Ademais, o dispositivo constitucional ainda estabelece como possíveis infratores de normas ambientais tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, que poderão, também, ser acionados nos âmbitos penal e administrativo, independente da obrigação de reparar o dano ambiental.

Assim, as pessoas jurídicas de direito público interno, como a União, Estados e Municípios, poderão ser responsabilizadas não só por suas ações, mas também por suas omissões. Afinal, o *caput* do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente, cabendo a este Poder a fiscalização dos atos praticados pelos administrados no âmbito de sua competência. Lembrando que o Estado também pode ser responsabilizado solidariamente pelos danos ambientais provocados por terceiros, pois uma fiscalização efetiva teria o efeito de prevenir a ocorrência do dano.

No âmbito administrativo, o fato de os agentes públicos deterem algumas prerrogativas causa alguns problemas no sistema de responsabilização dos mesmos. Tais agentes, quando agem como infratores ambientais, agem com *abuso de poder*. Mas a dificuldade, aqui, está no fato de que - como os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade - cabe ao lesado provar o contrário, e isto certamente representa um obstáculo à efetiva proteção do meio ambiente, já que torna ainda mais dificultoso o processo de responsabilização de tais agentes ou da Administração Pública.

Esse fato se torna mais grave, em razão de que, no Brasil, os atores sociais ainda estão pouco articulados no propósito da defesa do meio ambiente. Esta desarticulação da sociedade civil traz algumas conseqüências como, v.g., a falta de pressão para que o governo promova políticas públicas ambientais efetivas. Deste modo, os agentes administrativos continuam praticando atos de ilegalidade, ou omissão que, além de configurar ilegalidade e imoralidade, ocorrem em razão do fato de que a *reação* da coletividade - no que tange a assuntos ambientais - ainda é pouco expressiva.

Ao tratar da responsabilização dos agentes administrativos e da Administração Pública, e tendo em vista o dever genérico de atuar diligentemente, ou seja, dever de fiscalização e tomada de providências que impeçam a violação do interesse público, Martins assevera que a omissão do ente público é, em regra, fruto da negligência, apresentando-se como um dos fortes motivos ensejadores de danos ao meio ambiente. Contudo, provar essas negligências, na maioria das vezes, torna-se tarefa impossível. A autora assinala que

Basta ver a quantidade de áreas ambientalmente protegidas invadidas; o crescente número de construções clandestinas; a ausência de tratamento de esgoto e de tratamento adequado aos resíduos sólidos na maior parte do país; a ausência de medidas preventivas à ocorrência de danos ambientais (enchentes, desmoronamentos, etc.).<sup>232</sup>

Insiste-se no fato de que o Estado tem o *dever* de intervir na defesa do meio ambiente, isto não só em função do estatuído no art. 225 da Constituição Federal de 1988, mas também pelo que estabelece o Princípio 17 da Declaração de Estocolmo de 1972, que proclama que “deve-se confiar às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente.”<sup>233</sup> O Poder Público tem a obrigação de exercer as competências ambientais que lhe foram outorgadas em cada âmbito respectivo, a fim de se garantir a preservação ambiental, associada diretamente à elevação da qualidade de vida da comunidade. Aliás, tal exigência apresenta-se como uma imposição legal e constitucional.

Por derradeiro, o sistema de responsabilização instituído no Brasil, com relação aos danos praticados ao meio ambiente, inclui a responsabilidade na esfera administrativa, enquadrando as pessoas físicas e jurídicas como possíveis alvos da Administração Pública. Esta, por seu turno, deve desenvolver um trabalho de prevenção e repressão às infrações administrativas ambientais, sob pena de, sobretudo, estar negando efetividade ao mandamento constitucional inserto no art. 225, da Carta Magna, e aos vários outros dispositivos legais anteriormente citados.

#### **1.2.1.2.4 O Princípio da responsabilização no Estado de Direito Ambiental**

A despeito de o sistema de responsabilidade em matéria ambiental existente no Brasil contar com uma gama variada de normas de caráter administrativo, cível e penal, os resultados observados na prática são pouco animadores. Isso porque o propósito de tal sistema é, ou deveria ser, de um lado, evitar o dano ambiental e, de outro, promover a responsabilização do agente causador do dano. De fato, as ações promovidas na defesa do meio ambiente podem ser constatadas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, bem como no

---

<sup>232</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. *Op. cit.*, p. 191.

<sup>233</sup> ORGANIZAÇÃO DAS AÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo de 1972. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 22 abril 2007.

trabalho de algumas ONGs ambientalistas, ainda sem muita expressão, apesar destas estarem em pleno desenvolvimento no País.

Mas, o fato é que, no Brasil, o princípio da responsabilização carece de efetividade. Na prática, faltam os *resultados* propostos pelo sistema, a ponto de alguns autores entenderem que muitas normas de caráter ambiental não possuem eficácia, ou que são pouco eficazes, no sentido de que não se aplicam na sociedade de maneira concreta, ou são aplicáveis apenas a determinados grupos, de forma discriminatória e restritiva. E é por esse motivo que se deve questionar o sistema de responsabilização em matéria ambiental, e procurar, com isso, tentar apontar as causas e as soluções para tais problemas. Com relação à responsabilização por danos causados ao meio ambiente, Leite afirma que

[...] constata-se claramente um déficit de execução quando os Estados, apesar de disporem do aparato normativo ambiental viável, não implementam suas tarefas de proteção ambiental. Um exemplo típico do déficit de execução ocorre quando, depois de ser concedido o licenciamento ambiental, não se prosseguem os atos de monitoramento e fiscalização ambiental, em um procedimento contínuo e necessário à preservação ambiental.<sup>234</sup>

Em função de vários problemas que o atual Estado enfrenta no gerenciamento ou administração de assuntos ambientais, alguns constitucionalistas estudam uma nova proposta ou modelo de Estado que venha a solucionar os problemas atuais, e que contribua para a consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com garantia de qualidade de vida e a sua projeção para o futuro. Este novo modelo é comumente designado de Estado de Direito Ambiental.

Tratando do princípio da responsabilização no Estado de Direito Ambiental, Canotilho assinala que o cerne do problema neste modelo de Estado provém de questionamentos acerca de “quais os danos cobertos por um sistema de responsabilidade ambiental?” e “quais as actividades causadoras de danos ambientais?” Além disso, a sugestão mais recente propõe uma divisão em dois tipos de danos ao meio ambiente, quais sejam: a) danos à biodiversidade, que comportariam os danos ao *habitat*, à flora, à fauna selvagem e a algumas espécies de plantas; b) danos originadores de contaminação de *sítios*, representados pelo *envenenamento* de espaços protegidos qualificados como *sítios*.<sup>235</sup>

Nesse contexto, o que se torna imprescindível para a formação do Estado de Direito Ambiental é o instituto da *responsabilidade objetiva*, já consagrado em diversos

---

<sup>234</sup> LEITE, J. R. M. *Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa*. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>235</sup> Canotilho, J.J.G. *Estado constitucional ecológico e democracia sustentada*. *Op.cit.*, p. 14-15.

artigos da legislação brasileira (constitucional e infraconstitucional) e, sobretudo, a instituição da responsabilidade objetiva na modalidade do *risco integral*.

Canotilho chama a atenção para a questão da *legitimação ativa* nas ações de responsabilidade. O mestre português defende que o Estado deve dinamizar tais ações, para a garantia da reparação dos danos à biodiversidade, além da descontaminação de áreas já poluídas, utilizando-se do valor das indenizações pagas pelos agentes causadores de danos. Para ele, dever-se-ia, ainda, abrir a possibilidade - pelo menos às associações não governamentais - de defesa do ambiente, assim como possibilitar suas ações a título subsidiário, quando o Estado se omitir, ou não atue de forma adequada na esfera de suas atribuições.<sup>236</sup>

Na questão da responsabilização por danos ambientais, cabe mencionar o *princípio poluidor-pagador*,<sup>237</sup> que auxilia na responsabilização dos agentes que cometem atos lesivos ao meio ambiente. Tal princípio está previsto no Princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, e proclama que

Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.<sup>238</sup>

No entanto, é fato que o crescimento econômico no contexto do atual sistema político mundial que, por sua vez, incentiva o progresso e o desenvolvimento tecno-industrial leva, e certamente continuará levando, a degradações do meio ambiente, gerando entropia num ritmo frenético e, mesmo com a instituição do princípio poluidor-pagador, o problema ambiental continuará se desenvolvendo. Nesse sentido, Caubet assevera que:

O Princípio Poluidor-Pagador, antiga pedra angular da construção de um mundo mais respeitoso do meio ambiente, estará assim reciclado pela percepção mercantilista dominante no mundo, pois passará a “valer” dinheiro em transações comerciais cujo objetivo será de “otimizar” economicamente os impactos das mais diversas formas de contaminação.<sup>239</sup>

O fato é que o problema ambiental requer uma solução eficaz e urgente, e não apenas paliativos que protelem o mal maior representado pela impossibilidade da manutenção

---

<sup>236</sup> Idem, p. 16.

<sup>237</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio poluidor-pagador não está consagrado de forma expressa, mas pode ser deduzido do art. 4º, VII, da Lei da PNMA; art. 3º, da Lei da Ação Civil Pública; e § 3º, art. 225, da Constituição Federal.

<sup>238</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 37.

<sup>239</sup> CAUBET, Christian Guy. *A Irresistível Ascensão do Comércio Internacional: o meio ambiente fora da lei?* *Op. cit.*, p. 239.

da qualidade de vida na Terra. Por outro lado, não há como se negar a indispensabilidade do princípio poluidor-pagador, pois, sem o mesmo, a questão do *controle ambiental* estaria prejudicada. A solução, neste caso, é a adoção daquele princípio, mas com a condição de se enfatizar as normas de caráter preventivo, alicerçadas no princípio da precaução e da prevenção.

A lógica do princípio poluidor-pagador desconsidera a *irreversibilidade* dos processos de degradação, e tais processos não são poucos. Dessa forma, conseguir um grau *ótimo* no processo de internalização dos custos ambientais, muitas vezes é insuficiente para tratar dos problemas de caráter ecológico. Exemplo disso é efeito estufa, realidade vivenciada pela geração da segunda metade do século XX e início do século XXI. Mesmo que os poluidores *paguem* pela poluição causada ao meio ambiente, o índice de CO<sub>2</sub> continuará aumentando na atmosfera e o efeito estufa tende a agravar-se, causando o aumento da temperatura da Terra, entre outras conseqüências negativas.<sup>240</sup>

Tratando da repartição dos custos ambientais no sistema de responsabilização, Leite comenta que a idéia de que os custos da degradação ambiental devem ser repartidos em escala global é equivocada, já que isso levaria ao esgotamento total dos recursos ambientais, seguidos de catástrofes. Neste caso, o indicado seria uma mudança para a responsabilização solidária e participativa dos Estados e dos cidadãos, com os ideais de preservação ecológica.<sup>241</sup>

O doutrinador atenta para a necessidade - em função da complexidade do bem ambiental e de sua proteção - de uma efetiva responsabilização em assuntos ambientais, propondo, para isso, uma releitura do Direito civil, e uma inclusão da proteção do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado no instituto da responsabilidade. Leite destaca ainda a necessidade de um instrumental legislativo processual mais avançado e específico aos danos ambientais, que estejam de acordo com os interesses coletivos *lato sensu*. Nestes termos, o sistema de responsabilidade civil adaptado ao dano ambiental, poderia conferir uma abertura no âmbito privado, na hipótese de legitimação do indivíduo e das associações exigirem a reintegração dos bens ambientais lesados ou ameaçados de lesão.<sup>242</sup>

O sistema de responsabilização por danos causados ao meio ambiente deve ser efetivo. É claro que os princípios que atuam de forma *preventiva* são essenciais na manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que eles impedem ou

---

<sup>240</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 37-38.

<sup>241</sup> LEITE, J. R. M. *Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. Op. cit.*, p. 18-19.

<sup>242</sup> *Idem*, p. 37-38.



previnem a ocorrência do dano. Todavia, na hipótese de ocorrência deste, há que se formular mecanismos eficientes que desestimulem eventuais repetições de ações lesivas.

Destaque-se, ainda, o caráter educativo do princípio da responsabilização, já que este *ensina* o agente poluidor a arcar com as conseqüências do ato lesivo ao meio ambiente e, deste modo, cumprir com as normas e diretrizes traçadas pelo Poder Público, em busca do bem da coletividade ou do bem comum. Por outro turno, apesar dos dispositivos legislativos relacionados ao instituto da responsabilidade, ainda se deve transpor vários obstáculos à efetividade do sistema de responsabilização. Pode-se citar, por exemplo, a questão da legitimação, da mensuração/avaliação do dano, do nexo de causalidade e, de uma forma geral, o próprio problema da eficácia das normas ambientais.

Destarte, os modelos de responsabilização em razão do risco ou, mais especificamente, uma adoção em nível legislativo de uma teoria do risco integral, poderá exercer uma pressão maior sobre potenciais agentes causadores de danos ao meio ambiente, no sentido de que os mesmos adotem medidas preventivas a fim de evitar o dano.

Alguns ajustes no atual sistema de responsabilização - sobretudo uma mudança na postura da coletividade e da Administração Pública na condução dos problemas ambientais - certamente nos aproximaria de um modelo de Estado de Direito Ambiental. Os contornos deste modelo já estão esboçados na atual Constituição Federal, embora isto não seja suficiente para a sua realização. Há que se ter, também, *cooperação* em matéria de meio ambiente e, principalmente, o fortalecimento de uma cidadania participativa com vistas a uma *cidadania ecológica ou ambiental*, assuntos estes que se tratará nos próximos subitens.

### **1.2.1.3 Princípio da cooperação**

O *princípio da cooperação* se traduz no princípio da participação ou no exercício da cidadania participativa. Representa também a cooperação dos Estados na gestão dos recursos naturais, sejam eles transfronteiriços ou não. Além disso, no âmbito interno, a cooperação poderá ser realizada entre as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, a fim de se dar uma melhor resposta ou solução aos problemas ambientais. Nesses termos, a solução para os problemas de ordem ecológica não poderão vir somente do Estado ou da sociedade, cada qual atuando de forma isolada. Isso causaria uma sobrecarga ao Estado ou uma frustração à sociedade, no caso de ausência de políticas públicas ambientais.

Atualmente, os problemas ambientais assumiram uma globalidade, sobretudo em razão da interdependência que existe entre os elementos que compõem o meio ambiente. Esta problemática globalizada precisa ser tratada por uma estratégia que contemple os âmbitos interno e externo. No âmbito interno, sabe-se que o Estado, na sua configuração atual, está longe de representar uma instituição perfeita no que tange à administração dos bens ambientais; esse ente público possui suas limitações, e não é seguro esperar que a solução para o atual problema ecológico venha somente dele.

Os diversos setores da sociedade, como as Universidades, organizações não governamentais, corporações de profissionais, sindicatos, etc., devem se fazer ouvir para que as necessidades venham a ser atendidas. Deste modo, para a elaboração das normas jurídicas, e também para a fundamentação das decisões administrativas, vários setores sociais devem estar representados, para que assim se tenha uma visão geral, e não compartimentada, dos problemas relativos ao meio ambiente.

Sobre a questão do *consenso* que deve ser objetivado no âmbito social, May adverte que processos analíticos devem levar em conta que os próprios pesquisadores fazem parte de um grupo de interesse, o que o autor chama de (*stakeholder*); e ainda que a ciência não está livre de valores. Por isso, a análise científica, de forma isolada, raramente pode conferir soluções eficazes à rápida degradação do meio ambiente, como as recentes catástrofes socioambientais. Nestes termos, as soluções requerem a formação de *consenso* entre os grupos interessados, cujas ações afetam o meio ambiente.<sup>243</sup>

O princípio da cooperação fundamenta a formação de um consenso acerca de questões ambientais, pois estabelece uma atuação conjunta do Estado e da sociedade, na escolha de prioridades, assim como a participação nos processos decisórios. Para que este princípio possa reger uma política pública de defesa do meio ambiente com eficiência, vários requisitos básicos devem ser atendidos, como, por exemplo, a criação de normas que garantam a informação e educação ambiental para todos; criação de fóruns de debates ou eventos similares para estimular a participação da população, inclusive a participação no processo de decisão política relativa ao meio ambiente; entre outros requisitos que formarão um cenário político democrático.<sup>244</sup> Sobre esse assunto Prieur afirma que

Se a proteção ambiental se tornou uma obrigação do Estado, é sobretudo um dever dos cidadãos. [...] Para que este dever se exerça na prática, os cidadãos devem,

---

<sup>243</sup> May, Peter H. *op. cit.*, p. 59. Grifei.

<sup>244</sup> Bianchi, *op. cit.*, p. 87-88.

diretamente ou por suas associações, estar em condições de ser informados e de participar nas decisões que podem exercer uma influência sobre o seu ambiente.<sup>245</sup>

O art. 225 da Constituição Federal institui o que se designa de *princípio da solidariedade*, já que convoca o Poder Público e a coletividade para a proteção do meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. O art. 3º, I, do referido diploma legal estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Aqui, solidariedade e cooperação representam duas faces da mesma moeda, já que os dois princípios se complementam no sentido de obtenção de maior efetividade na prática de políticas ambientais.

A Lei nº. 9.605/98 também trata da cooperação no âmbito internacional, com fins de preservação do meio ambiente. O art. 77 desta Lei estabelece que o governo brasileiro prestará, no âmbito dos assuntos ambientais, a necessária cooperação a outro país, resguardados, neste caso, a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. As hipóteses de solicitação de cooperação por outros países estão elencadas nos incisos I a V, do artigo em questão.

O § 1º, do dispositivo supracitado, determina que a solicitação de cooperação deverá ser dirigida ao Ministério da Justiça, que a remeterá, quando necessário, ao órgão judiciário competente para decidir a seu respeito, ou a encaminhará à autoridade capaz de atendê-la. Já o art. 78, da Lei nº. 9.605/98 estabelece que para fins de reciprocidade da cooperação internacional, deve ser mantido sistema de comunicações apto a facilitar o intercâmbio rápido e seguro de informações com órgãos de outros países.

Neste caso, cabe destacar a participação do Brasil como país-membro da Interpol - organização internacional de polícia criminal, criada em 1923 - e que hoje conta com a participação de 186 países-membros, cuja missão é prevenir ou combater a criminalidade, mediante a facilitação da cooperação policial internacional.<sup>246</sup> A base de dados da organização, os protocolos de comunicação e os alertas internacionais são de grande relevância no combate a determinados crimes e, dentre eles, os crimes ambientais. A Interpol

---

<sup>245</sup> PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2004. p. 112, tradução nossa. (La protection de l'environnement, si elle est devenue une obligation de l'Etat, est avant tout un devoir des citoyens. [...] Pour que ce devoir s'exerce en pratique, les citoyens doivent, directement ou par leurs groupements, être en mesure d'être informés et de participer aux décisions pouvant exercer une influence sur leur environnement.)

<sup>246</sup> INTERPOL. *About Interpol*. Tradução nossa. Disponível em <<http://www.interpol.int/public/icpo/default.asp>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.

funciona como um elo administrativo entre as agências de aplicação da lei dos seus países-membros, fornecendo assistência de comunicação e base de dados a essas agências.<sup>247</sup>

Promotores e investigadores podem solicitar assessoria à Interpol, para a obtenção de informações em suas investigações. A organização representa um método informal de cooperação e obtenção de provas.<sup>248</sup> Assim, o Ministério Público e as Polícias brasileiras já realizam a cooperação internacional, com o propósito de prevenção e repressão de crimes ambientais, entre outros. Destarte, o princípio da cooperação deve ser realizado tanto no âmbito externo, quanto interno, sobretudo neste último deve haver uma harmonia entre as políticas ambientais de todos os entes da Federação, a fim de que a política ambiental nacional adquira o máximo de efetividade.

Por derradeiro, é com base no fortalecimento dos princípios anteriormente tratados neste trabalho - por meio da sua fiel observância, tendo-se por fundamento o princípio a dignidade da pessoa humana - é que se pretende a construção de um Estado de Direito Ambiental. Esta construção deverá ter por base um contexto democrático e participativo, onde Estado e coletividade transcendam a esfera dos interesses meramente privados, perseguindo o interesse público, mais especificamente os interesses difusos, a fim de se concretizar os objetivos de dignidade, e o aumento da qualidade de vida dos indivíduos.

No entanto, o exercício dos direitos, e o cumprimento de deveres também devem ser reforçados na luta por um meio ambiente salutar e, por isso, no próximo subitem, tratar-se-á da cidadania ecológica ou ambiental, considerada um dos pressupostos para o estabelecimento do Estado de Direito Ambiental.

### **1.2.2 Cidadania ecológica ou ambiental: Uma abertura à pós-modernidade plural**

A idéia de *cidadania* tem sua origem entre os gregos e romanos da antiguidade clássica. Ela representava uma ligação entre o homem livre e a cidade, num exercício de deveres e obrigações, representando ainda uma orientação da conduta cívica. O conceito de cidadania foi se modificando conforme o período histórico. Deste modo, no patrimonialismo, a cidadania ligava-se a privilégios aferidos aqueles que pertenciam a determinado estamento. Com a Revolução Francesa, houve a expansão daquele conceito abrangendo os direitos

---

<sup>247</sup> GRABIANOWSKI, Ed. *Como funciona a Interpol*. Tradução de HowStuffWorks Brasil. Disponível em <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/interpol1.htm>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.

<sup>248</sup> JOSEPH, Paul. Obtendo informações e provas nos Estados Unidos. Disponível em <<http://www.trf2.gov.br/emarf/images/apresentapauljoseph.pdf>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.

fundamentais do homem. Após este fato, o conceito de cidadania atravessou certo período de latência, surgindo recentemente entre os sociólogos e, depois, entre os juristas.<sup>249</sup>

Atualmente, a cidadania não se limita aos territórios dos Estados, já que ela também poder ser comunitária como, por exemplo, a cidadania européia. Mas, de fato, cidadania é um conceito situacional, já que retrata a relação do cidadão com o Estado ou com determinada comunidade ou bloco. Importa, ainda, destacar que a cidadania possui várias dimensões: a) dimensão temporal - que representa a evolução dos direitos fundamentais (dimensões de direitos) como, v.g., direitos políticos, sociais e difusos; b) dimensão espacial - cidadania local, nacional, supranacional ou virtual; c) dimensão bilateral - que envolve os direitos/deveres que se expressam na cidadania pública/privada e na cidadania ativa/participativa; e, por fim, d) dimensão processual - que abrange os processos jurídicos através dos quais se atualizam direitos e deveres.<sup>250</sup>

Quanto à cidadania caracterizada como participativa ou passiva, Torres comenta que “há uma diferença grande entre a cidadania ativa ou participativa e a passiva. Aquela é a cidadania presente no mundo clássico e na *polis* grega. A cidadania passiva é característica do liberalismo político em seus primórdios. Nota-se hoje no mundo globalizado a resurgência da cidadania ativa, captada especialmente na obra dos comunitaristas.”<sup>251</sup>

No Brasil, a cidadania jurídica está estabelecida no art. 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que a apresenta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A sociedade civil exerce (ou deveria exercer) um papel de extrema relevância na discussão e valoração das questões relativas ao meio ambiente. É pelo exercício da cidadania - na eleição de governantes que se preocupem efetivamente com a questão social, ecológica etc., - que se pode encontrar o caminho para a elaboração e aprovação de normas que visem à preservação ambiental, a fim de que tais normas garantam melhor qualidade de vida para os cidadãos. Deste modo, a sociedade civil disporá dos instrumentos jurídicos necessários para fazer valer o Direito já enunciado na norma jurídica.

Após a obtenção dos instrumentos jurídico-políticos, é necessário ainda - para que as normas jurídicas sejam eficazes ou efetivas - que os cidadãos continuem num processo de *cobrança* de consecução dos seus direitos, bem como de exigência de *participação* nos processos políticos, decisões, entre outros direitos já assegurados pela legislação. Este é o

---

<sup>249</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: MELLO, Celso de Albuquerque *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 247-48.

<sup>250</sup> *Idem*, p. 253-56.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 323.

verdadeiro exercício de cidadania. Trata-se de um processo dinâmico e contínuo, que requer educação, informação, participação entre outros elementos.

Num contexto de déficit democrático, observa-se, conseqüentemente, um déficit na cidadania ambiental, já que Direito ambiental, enquanto *novo* direito, apresenta ainda pouco peso ou importância no âmbito político. Leite e Ayala comentam que atualmente o Estado ainda atua de uma forma conservadora, precária, insuficiente e predatória, preferindo à gestão econômica em detrimento do exercício da responsabilidade compartilhada na preservação do meio ambiente. E, para a formação do Estado de Direito Ambiental, seria necessária uma efetiva colaboração entre o Estado e o cidadão para a realização deste propósito. Para os autores, o déficit de legitimidade democrática do conceito de cidadania ambiental deve ser suprido, recuperando-se a autenticidade do conceito de cidadania estabelecido no *caput* do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja: com relação ao bem ambiental, todos somos responsáveis, titulares, interessados e detentores de direitos.<sup>252</sup>

A cidadania ambiental é definida por Cavedon como um

Sistema de direitos, deveres e prerrogativas de ordem ambiental atribuídos ao cidadão individualmente considerado e à coletividade, voltados para a descentralização e democratização da gestão do meio ambiente, garantindo-se, igualmente, qualidade ambiental e acesso aos bens ambientais, aos processos decisórios, às informações e à Justiça Ambiental, numa perspectiva de transformação socioambiental pautada na solidariedade e na postura crítica e ativa.<sup>253</sup>

Assim, o estabelecimento do Estado de Direito Ambiental requer mudanças estruturais; e estas incluem a realização ou a prática de uma *cidadania participativa*, implicando numa mudança de postura não só dos administradores, mas também dos administrados, onde cada indivíduo deve exercê-la no cumprimento dos seus deveres e, ainda, na busca da realização dos seus direitos; objetivando-se, com isso, uma maior democratização do Estado e da própria sociedade como um todo. Além disso, deve-se vindicar igualdade de qualidade e acesso aos bens ambientais, bem como um amplo acesso à justiça e às informações sobre o tema. No que tange à relação participação/democracia, Michel Prieur assinala que

O estímulo dado à participação dos cidadãos graças à política ambiental é uma contribuição essencial à democracia e especialmente à democracia direta. O aspecto técnico e tecnocrático das ações de proteção ambiental que tem fomentado um

<sup>252</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Cidadania ambiental e estado de direito ambiental na sociedade de risco. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coord.). *Estado de direito e direitos fundamentais*: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 412-14.

<sup>253</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. vi.

papel importante dos técnicos e das administrações em detrimento dos eleitos pouco implicados desinteressados até então a estes problemas, conduziu inevitavelmente à valorização da intervenção do cidadão umas vezes como auxiliar da administração, outras como órgão de controle. Nasceu deste movimento um desejo de democracia participativa que visa fazer os cidadãos participarem de maneira permanente sem ter que recorrer como intermediário dos eleitos e sem estar limitado pela periodicidade das eleições. O meio ambiente é coisa de todos, a sua gestão e a sua proteção não podem ser confiadas aos mandatários.<sup>254</sup>

Quando se fala da construção de um Estado de Direito Ambiental, o exercício individual da *cidadania* é fundamental, mas não é suficiente. No âmbito processual, quando a parte é representada por um indivíduo que postula a proteção do meio ambiente, no outro pólo da ação normalmente se encontram pessoas ou, sobretudo, empresas cujo poder, seja econômico ou político, é muito maior do que o do autor da ação (o indivíduo). Nesse sentido, Fagúndez defende que na atual sociedade de massa, o indivíduo deve optar por formas associativas de organização política, para melhor defender os seus projetos e direitos, já que irá enfrentar adversários extremamente poderosos e influentes.<sup>255</sup>

Tendo em vista os problemas que o atual Estado Democrático de Direito enfrenta, oriundos em grande medida de profundos débitos de justiça ambiental, Marques destaca que “a *cidadania* e a *cooperação* ambiental são os princípios estruturantes que acompanham a necessidade de superação desta crise para a construção de um novo modelo de organização societária alicerçada em um Estado de direito do meio ambiente.”<sup>256</sup>

Para o efetivo exercício da cidadania, deve-se transpor alguns problemas estruturais do sistema jurídico brasileiro, bem como problemas encontrados na própria sociedade como, por exemplo, a falta de educação ambiental. Aqui, Fagúndez faz uma crítica ao Estado e ao Direito e, de certa forma, ao sistema social como um todo. Uma das críticas pontuais ao Direito é a de que este contribuiria para a produção da crise ecológica, em função do sancionamento de condutas e criação de tolerâncias, num pacto com o progresso da civilização. Nas palavras do autor, “em verdade, os operadores não apenas resolvem problemas. Em certas situações, criam outros mais graves. A questão fulcral é que no sistema

<sup>254</sup> PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2004. p. 112, tradução da autora. (L'élan ainsi donné à la participation des citoyens grâce à la politique de l'environnement est un apport majeur à la démocratie et spécialement à la démocratie directe. L'aspect technique et technocratique des actions de protection de l'environnement ayant entraîné un rôle important des techniciens et des administrations au détriment des élus peu impliqués ni intéressés jusqu'alors à ces problèmes, a conduit inévitablement à valoriser l'intervention du citoyen tantôt comme auxiliaire de l'administration, tantôt comme organe de contrôle. Il est né de ce mouvement un désir de démocratie participative visant à faire participer les citoyens de façon permanente sans avoir à recourir à l'intermédiaire des élus et sans être limité par la périodicité des élections. L'environnement est la chose de tous, sa gestion et sa protection ne peuvent être confiées à des mandataires.)

<sup>255</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Reflexões sobre o direito ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato. *et al. Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 220.

<sup>256</sup> Marques, *op. cit.*, p. 170. Grifo nosso.

somente operamos com as categorias lícito e ilícito. E a inclusão da conduta humana em um ou outro compartimento depende do aplicador.”<sup>257</sup>

Deste modo, a ação dos operadores jurídicos poderia ser vista, algumas vezes, como uma das causas da degradação do meio ambiente, e isso pode se dar por vários motivos, dependendo do caso concreto, e da postura adotada por aqueles profissionais do Direito. Ressalta-se que, num modelo de Estado de Direito Ambiental, o acesso ao Poder Judiciário, ou à justiça, deverá ser ampliado. Ocorre que não é apenas a questão do acesso à justiça e a realização do devido processo legal que irá garantir, no âmbito deste Poder, uma efetiva tutela jurisdicional do ambiente. A morosidade da Justiça, o acúmulo de processos, a questão da legitimidade, da competência, entre outros, podem ser apontados como facetas do atual sistema que impedem, muitas vezes, a eficácia do direito ao meio ambiente equilibrado.

No entanto, ao mesmo tempo em que o sistema jurídico pode contribuir para a degradação ambiental e para o aumento da entropia planetária; também poderá ser, ao contrário, um sistema que contribua efetivamente para a sustentabilidade ecológica. Mas a mudança não virá (única e exclusivamente) do sistema em si. É a sociedade civil (organizada) que deve fazer valer os direitos que compõem a cidadania, para a consecução de tal objetivo.

As mudanças estruturais que devem ocorrer no Estado brasileiro com a finalidade de construção de um Estado de Direito Ambiental, ou a construção desenvolvimento de um novo paradigma, deve se dar democraticamente, estimulando-se uma gestão participativa, onde a cidadania é plenamente exercida a fim de se resolver problemas ambientais. Neste cenário, as associações, organizações (ONGs), universidades etc., devem conscientizar-se da importância da militância em causas que envolvam o meio ambiente, e que hoje em dia tal fato não deveria ser algo extraordinário, mas usual e necessário, já que a atual crise ecológica exige esse comportamento.

Nestes termos, Birnfeld chama a atenção para a necessidade de se pensar a construção de um Estado Ambiental, plural, a fim de que se faça frente à lógica de um neoliberalismo humana e ambientalmente inconseqüente, baseado e submetido à lógica do mercado. O autor ainda defende que são necessárias modificações que envolvam, inclusive, alterações na própria Teoria Geral do Direito, implicando numa mudança do próprio pensar jurídico, resgatando-se a idéia de que a cidadania merece bem mais do que o tratamento compartimentalizado, pobre e ineficiente que lhe tem sido outorgado pela ciência jurídica tradicional, evoluindo para a sua plenitude.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> Fagúndez, P. R. A. *Reflexões sobre o direito ambiental. Op. cit.*, p. 230.

<sup>258</sup> Birnfeld, *op. cit.*, p. 218-19.



Assim, com o objetivo de desenvolvimento de um Estado de Direito Ambiental, a ciência jurídica deverá incorporar a transdisciplinaridade, a fim de melhor se adequar à realidade social. Ainda com relação à cidadania ecológica, Fagúndez esclarece que

A cidadania ecológica é a cidadania da responsabilidade. Vale dizer, da responsabilidade de cada um e de todos para com o futuro da humanidade. A cidadania tradicional tem uma preocupação com os direitos, sem visualizar a necessidade de uma atuação efetiva de cada ser humano sobre a face da terra para que se tenha uma sociedade melhor para todos.<sup>259</sup>

Por fim, conclui-se que, em termos de *cidadania ecológica* - considerada como aquela que vai além da cidadania participativa, já que contribui para o fortalecimento dos princípios que estruturam um modelo de Estado de Direito Ambiental - o Estado brasileiro necessita transpor muitos obstáculos, tanto no âmbito jurídico, quanto nos âmbitos político e social.

Trata-se de um *processo* que precisa ser alimentado, de um lado, por teóricos do Direito e, de outro, por organizações, associações, ou seja: atores sociais politizados na construção de uma nova sociedade (pós-moderna), mais justa, plural e solidária, que preze principalmente pela proteção e qualidade da vida nos seus mais variados sentidos. Nesse contexto, destacam-se dois temas: a participação pública e a informação em matéria de meio ambiente, assuntos que se tratará no próximo subitem.

### 1.2.2.1 Participação pública e meio ambiente

O regime democrático e, dentro deste, a participação pública também faz parte das características do Estado de Direito Ambiental. Esta última foi prevista no princípio nº. 10 da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento.<sup>260</sup> Além disso, na Dinamarca, numa de suas cidades mais antigas chamada Aarhus, foi firmada a Convenção de Aarhus, que trata do acesso à informação, participação pública na tomada de decisões ambientais e acesso à justiça em matéria ambiental, assinada em 1998 por 40 países. Cabe destacar o objetivo da

<sup>259</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003. p. 33-34.

<sup>260</sup> O princípio em questão proclama que “A melhor forma de tratar as questões ambientais é assegurar a participação de todos os cidadãos interessados ao nível conveniente. Ao nível nacional, cada pessoa terá acesso adequado às informações relativas ao ambiente detidas pelas autoridades, incluindo informações sobre produtos e atividades perigosas nas suas comunidades, e a oportunidade de participar em processos de tomada de decisão. Os Estados deverão facilitar e incentivar a sensibilização e participação do público, disponibilizando amplamente as informações. O acesso efetivo aos processos judiciais e administrativos, incluindo os de recuperação e de reparação, deve ser garantido.” In: ORGANIZAÇÃO DAS AÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992. Disponível em <[http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT\\_LI\\_6180\\_1\\_0001.htm](http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LI_6180_1_0001.htm)>. Acesso em 22 abril 2007.

Comunidade Européia em aplicar as disposições da citada Convenção às suas próprias instituições e organismos. A propósito, a Comunidade assinou a Convenção em 1998, e propôs recentemente a sua aprovação.<sup>261</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, determina a participação conjunta do Poder Público e da coletividade, na defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Já o parágrafo único, do art. 1º, da Lei Maior estabelece que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Assim, a participação popular encontra fundamento genérico neste dispositivo, mediante a previsão do regime de democracia semidireta e, especificamente, no que tange à matéria ambiental, a participação fundamenta-se no *caput* do citado art. 225.

Nestes termos, Loures sugere que o princípio da participação popular deva ser sempre considerado nas atividades de elaboração, hermenêutica e aplicação das normas que compõem o sistema jurídico pátrio. Segundo a autora, o exercício da cidadania, como reflexo da aplicação do princípio da participação popular, confere legitimidade, transparência e segurança aos processos decisórios.<sup>262</sup>

Destarte, a participação popular no Brasil, na defesa do meio ambiente, poderá se dar pelos seguintes meios ou instrumentos:

### **1.2.2.1.1 Iniciativa popular**<sup>263</sup>

O art. 14, da Constituição da República Federativa do Brasil, prevê que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor

<sup>261</sup> A Comunidade Européia já adotou inclusive *diretivas comunitárias* que implementam os dois primeiros pilares da Convenção, são elas: Diretiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, relativa ao *acesso do público às informações sobre ambiente* e que revoga a Diretiva 90/313/CEE do Conselho; e Diretiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de maio de 2003, que estabelece a *participação do público* na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente e que altera, no que diz respeito à participação do público e ao acesso à justiça as Diretivas 85/337/CEE e 96/61/CE do Conselho. In: PORTUGAL. Acesso à justiça. Disponível em <<http://acessojustica.no.sapo.pt/legislacao.htm>>. Acesso em: 24 maio 2005.

<sup>262</sup> LOURES, Flavia Tavares Rocha. A implementação do direito à informação ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 34, abril/junho, 2004. p. 192-93. A autora ainda afirma que o princípio da participação popular poderá se manifestar das seguintes maneiras: “organização jurídica das comunidades (em associações de bairro, por exemplo); participação popular no processo legislativo, desde a fase de discussões até a aprovação final do projeto, e através dos mecanismos constitucionais de democracia direta (referendo, plebiscito e iniciativa popular); pressão e controle sobre as autoridades públicas e busca pela efetividade das orientações e decisões políticas emanadas dos órgãos ambientais; participação direta na gestão ambiental por meio de tais organismos, sejam de caráter consultivo ou deliberativo, federais, estaduais, distritais ou municipais; e, finalmente, utilização séria e em massa de instrumentos jurídico-processuais de tutela do ambiente.”

<sup>263</sup> Prevista no § 2º, art. 61 da CF.

igual para todos, e, *nos termos da lei*, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - *iniciativa popular*.”<sup>264</sup> Assim, preenchidos os requisitos do § 2º, art. 61, da Carta Magna, e havendo norma regulamentadora sobre o tema, a participação por meio da iniciativa popular poderá ser realizada. Ressalte-se, ainda que, a inexistência da lei regulamentadora enseja a impetração de Mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior. Por fim, conclui-se que após o cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 14 e § 2º, do art. 61, ambos da Constituição Federal, pode-se exercer a soberania popular por meio de elaboração de projeto de lei, conferindo-se, deste modo, eficácia ao instituto da iniciativa popular.

### **1.2.2.1.2 Voto, plebiscito e referendo**

A soberania popular ainda poderá ser exercida pelo *voto*, mediante *plebiscito* e *referendo*, de acordo com o art. 14, da Constituição Federal. Neste caso, a Lei Maior determina que o *voto* será direto, secreto e de igual valor para todos.

O *plebiscito* é instrumento de consulta prévia ao povo, ato anterior à aprovação de ato legislativo ou administrativo sobre a matéria de acentuada relevância constitucional, legislativa ou administrativa. No plebiscito, o povo vota para aprovar ou denegar o que lhe foi submetido. Já o *referendo* é um instrumento de consulta *a posteriori* ao povo. Deste modo, após a aprovação de uma lei ou ato administrativo sobre matéria de alta relevância constitucional, legislativa ou administrativa, o povo emitirá seu voto a fim de ratificar ou rejeitar a medida já aprovada. O procedimento relativo ao plebiscito e ao referendo está regulado pela Lei nº. 9.709/98.

De acordo com o art. 3º, da Lei nº. 9.709/98, nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso de incorporação, subdivisão ou desdobramento de Estados, o plebiscito e o referendo serão convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional.

### **1.2.2.1.3 Composição de órgãos colegiados com poderes normativos**

O inciso II, art. 6º, da Lei nº 6.938/81, estabelece o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA como órgão consultivo e deliberativo, com a finalidade de assessorar,

---

<sup>264</sup> Grifo nosso.

estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais; e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente salutar e essencial à sadia qualidade de vida.

Aqui, o CONAMA, além de atribuições consultivas, recebe também atribuições deliberativas sobre normas e padrões, que vão ser materializadas na forma de *resoluções*. Nesse ponto, cabe esclarecer que o Decreto federal nº. 99.274/90 - que foi alterado pelo Decreto nº. 3.942/2001 - regula a composição do CONAMA, e determina que as entidades de trabalhadores e da sociedade civil terão 21 representantes no Conselho, possibilitando, com isso, mais uma forma de participação popular na defesa do meio ambiente.

#### **1.2.2.1.4 Atuação direta na formulação e execução de políticas ambientais**

No caso de *concessão de licenças* ambientais, a Resolução nº. 237/97 do CONAMA determina, em seu art. 3º, que a licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental dependerá de prévio Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (EIA/RIMA), ao qual se dará publicidade. Já o art. 10, inciso V, da Resolução em questão prevê que o procedimento de licenciamento ambiental obedecerá, ente outras, a etapa de audiência pública, quando couber. Nestes casos, a ocorrência de audiências públicas está condicionada à regulamentação pertinente.

A atuação popular na formulação e execução de políticas ambientais ainda está prevista no art. 11, da Resolução nº. 01/86 do CONAMA, que determina a participação do público em audiências públicas, nas discussões de Estudos de Impacto Ambiental (EIA). Neste caso, dever-se-á respeitar, contudo, o sigilo industrial. Além disso, as cópias do RIMA permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas da SEMA e do órgão estadual de controle ambiental correspondente, mesmo durante o período de análise técnica.

O parágrafo 2º, do artigo supracitado, prescreve que, ao determinar a execução do EIA e apresentação do RIMA, o órgão estadual competente ou a SEMA ou, quando couber, o Município, determinará o prazo para conhecimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e *demais interessados* e, ainda, promoverá, sempre que julgar necessário, audiência pública para informação a respeito do projeto e seus possíveis impactos. Destaque-se que a audiência pública tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto

em análise e do RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões sobre o caso ou projeto apresentado.<sup>265</sup>

A audiência pública ainda deverá ser realizada pelo órgão ambiental, quando for solicitada por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 ou mais cidadãos.<sup>266</sup> Todavia, o § 1º, inciso IV, do art. 225, da Constituição Federal de 1988 determina que incumbe ao Poder Público a exigência, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a que se dará publicidade. Neste caso, entende-se que as audiências públicas devem ser realizadas também por ocasião EPIA, e não somente quando se tratar de relatório de impacto ambiental – RIMA. Assim, as resoluções do CONAMA, anteriores à Constituição Federal, devem ser interpretadas conforme o que determina a Lei Maior.

Sobre as audiências públicas, Machado comenta que “pode não ocorrer efetiva participação do público pela ausência de comentários; contudo, não se concebe EPIA sem a possibilidade de serem emitidas opiniões por pessoas ou entidades que não sejam o proponente do projeto, a equipe multidisciplinar e a Administração.” O autor ainda esclarece que pode participar de estudo prévio de impacto ambiental nacionais ou estrangeiros, e também cientistas de variadas áreas, já que a ciência não é exclusividade da equipe multidisciplinar.<sup>267</sup>

A possibilidade de atuação popular na formulação e execução de políticas ambientais é um importante instrumento no controle e contribuição para as causas de caráter ambiental. Com relação aos problemas relativos a omissões ou conflitos na lei atinentes ao tema, destaca-se que as normas relativas ao meio ambiente devem ser interpretadas tendo-se sempre como referência o que preceitua a Constituição Federal. Assim, os dispositivos anteriores à promulgação da Constituição, e contrários ao que ela determina, são considerados *revogados*. Já as normas aprovadas após a vigência da atual Constituição, e que lhe contrariam, estão eivadas pelo vício da *inconstitucionalidade*.

---

<sup>265</sup> Art. 1º, da Resolução n. 9/87.

<sup>266</sup> Art. 2º, da Resolução n. 9/87. O § 1º, do artigo em questão estabelece que “o Órgão de Meio Ambiente, a partir da data do recebimento do RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo que será no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública.”

<sup>267</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. Op. cit., p. 231-32.

### 1.2.2.1.5 Participação por meio do Poder Judiciário: Ação popular e Ação civil pública

A Ação popular está prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Esta ação determina que qualquer cidadão é parte legítima para propô-la, com o propósito de demandar anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.

Destaque-se que a Ação popular é uma norma definidora de direito e garantia fundamental, de aplicação imediata, que poderá ser intentada por qualquer cidadão. A prova da cidadania, neste caso, é a prova de que se é eleitor (apresentação do título), ou seja, a prova de que a pessoa está no gozo de seus direitos políticos. Contudo, sobre esse ponto, alguns autores entendem que, em decorrência do que estabelece o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, o direito de interpor Ação popular se estende também aos estrangeiros residentes no País.

Trata-se de uma ação pouco utilizada com fins de proteção do meio ambiente, já que, atualmente, a Lei de improbidade administrativa permite responsabilizar diretamente o administrador público que deu causa ao dano ambiental.<sup>268</sup> Além disso, a propositura da Ação popular não exclui a possibilidade de propositura da Ação civil pública em matéria ambiental, já que o art. 1º, da Lei da ACP estabelece que as suas disposições regem-se sem prejuízo da Ação popular; ademais, esta tem o propósito de anular ato lesivo ao patrimônio das pessoas elencadas no art. 1º, da Lei nº. 4.717/65,<sup>269</sup> já Ação civil pública visa responsabilizar os causadores de danos morais e materiais aos interesses difusos e coletivos; e, por último, ressalta-se que após a propositura de Ação popular, obtendo-se sucesso na anulação do ato lesivo, se este ato teve como consequência danos ao meio ambiente, a reparação do dano deverá ser exigida pela propositura de Ação civil pública.

A Lei da ação popular ainda prevê a possibilidade de concessão de medida liminar (§ 4º, art. 5º). O art. 18 da Lei nº. 4.717/65 estabelece que a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*, exceto quando, no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas. Estes

---

<sup>268</sup> Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 178.

<sup>269</sup> O art. 1º, deste dispositivo estabelece o seguinte: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

fatores são positivos quando se trata da eficácia das normas ambientais, já que as medidas liminares têm o condão de, muitas vezes, prevenir a ocorrência de danos, e o efeito *erga omnes* confere maior efetividade e economia processual, no que tange às demandas ambientais.<sup>270</sup>

Outro ponto positivo na Lei da ação popular é o fato de que, salvo no caso de litigância de má-fé, o autor da ação está liberado do pagamento de custas judiciais e do ônus de sucumbência, facilitando, com isso, o acesso à justiça aos jurisdicionados. Por outro lado, com relação ao Direito ambiental, onde o propósito mais relevante é a prevenção do dano, ou seja, se evitar que o mesmo ocorra - e tendo em vista que a Ação popular tem o propósito de *anular ato lesivo* ao meio ambiente, talvez esta ação não represente a melhor escolha para a realização da norma do *caput* do art. 225, da Constituição Federal de 1988.

De outro vértice, a Lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP) regulamentou o dispositivo constitucional previsto no art. 129, III, da Constituição, criando esta ação para a reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo.<sup>271</sup> Antes da publicação daquela lei, a defesa do meio ambiente realizava-se por meio de ações individuais - normalmente relativas ao direito de vizinhança - e por atividade do Poder Público no exercício do poder de polícia administrativa. Os interesses difusos ainda podiam ser defendidos pela propositura de Ação popular, que se limita, todavia, a anular ato do Poder Público lesivo, entre outros, ao meio ambiente.<sup>272</sup>

O art. 129, da atual Constituição, que determina as funções institucionais do Ministério Público estabelece, em seu inciso III, o dever e a função de promoção do inquérito civil e da ACP, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Com relação à legitimidade do MP, Machado comenta que

A ação civil pública consagrou uma instituição – o Ministério Público – valorizando o seu papel de autor em prol dos interesses difusos e coletivos. O Ministério Público saiu do exclusivismo das funções de autor no campo criminal e da tarefa de fiscal da lei no terreno cível, para nesta esfera passar a exercer mister de magnitude social.<sup>273</sup>

<sup>270</sup> Além disso, o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil prevê que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias como, por exemplo, o desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Assim, a Ação popular ambiental deverá ser utilizada sistematicamente com o referido dispositivo do CPC, a fim de se conferir efetividade à tutela do bem ambiental.

<sup>271</sup> Sirvinskas, *op. cit.*, p. 359.

<sup>272</sup> Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 177-78.

<sup>273</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro. Op. cit.*, p. 356.

Para Mancuso, a Ação civil pública é considerada “[...] texto-padrão para a defesa de interesses metaindividuais, atuando em modo principal nas matérias arroladas em seu art. 1º, e em modo subsidiário ou supletivo em face das demais ações de finalidade coletiva esparsas pelo ordenamento, mormente para colmatar possíveis lacunas.”<sup>274</sup>

A ação em questão tem por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.<sup>275</sup> E os legitimados para a propositura da ação (principal ou cautelar) estão elencados no art. 5º, da LACP. São eles: o MP, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economias mistas, e, por último, as associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei da ação civil pública criou um fundo em que os recursos advêm das condenações judiciais, cuja finalidade é a recomposição dos bens e interesses lesados (art. 13). Esse fundo deverá ser gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, integrados por membros do Ministério Público e representantes da comunidade. Neste caso, as vítimas não serão ressarcidas pessoalmente pela agressão ambiental, o que se realizará é uma tentativa de recuperação dos bens.

O art. 21, da Lei supracitada estabelece a aplicação - na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais - no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o CDC. Assim, estas ações terão os efeitos da coisa julgada *erga omnes* (art. 103, I, do CDC), exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.<sup>276</sup> Ressalte-se que os efeitos da coisa julgada - relativos à ação coletiva para a defesa de interesses difusos - não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade (§ 1º, do art. 103 do CDC).

O § 3º, do art. 103 do CDC ainda determina que os efeitos da coisa julgada previstos no art. 16 combinado com o art. 13 da LACP, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução. Isto se aplica também à sentença penal condenatória. Já o art. 104 daquele Código

---

<sup>274</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 53.

<sup>275</sup> Art. 3º, da Lei nº. 7.347/85.

<sup>276</sup> No caso de insuficiência de provas, haverá a extinção do processo sem julgamento do mérito.



estabelece que as ações coletivas para a defesa de direitos difusos não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Assim, a sentença, na Ação civil pública, fará coisa julgada com efeitos *ultra partes*, seja em caso de procedência ou improcedência; salvo se o juiz expressamente declare o *non liquet* por insuficiência de provas, hipótese em que a sentença não produz a coisa julgada material. Sobre esse ponto, Grinover afirma que

Essa solução mostrou-se plenamente satisfatória para a ação popular, em mais de 20 anos de aplicação da Lei 4.717, de 29.6.65, visando a evitar a colusão que se poderia estabelecer entre as partes, com o grave risco de formação de um julgado de improcedência com eficácia *erga omnes*.<sup>277</sup>

Contudo, o art. 16, da LACP, - que estabelece a coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator - representou um grande equívoco do legislador, já que, em razão do que determina o artigo, para se fazer valer uma decisão no âmbito ambiental em todo o País, dever-se-á ingressar com Ação civil pública em cada comarca existente no território nacional. Sobre este ponto, Mancuso entende que “a regra de competência (art. 2º da Lei 7.347/85 – ‘local do dano’) deve ser lida à luz do art. 93 da Lei 8.078/90, que introduziu a trifurcação ‘dano local, regional ou nacional’, [...]”. Neste caso, o autor comenta que

[...] quando se trate de dano regional ou nacional a aplicação prática do comando do julgado coletivo não mais pode se parametrizar pela *comarca* (Justiça estadual) ou pela *seção judiciária* (Justiça federal) como seria usual num conflito intersubjetivo mas há de estender-se até onde se espriem os contornos do interesse judicializado, afim de que a resposta judiciária não perca aderência com a lógica do sistema federativo e mesmo com as evidências do mundo fenomenológico.<sup>278</sup>

Mancuso ainda acrescenta que mesmo nas lides intersubjetivas pode dar-se uma eficácia expandida extra-autos, como, por exemplo, nas ações de estado; e observa que “não faria sentido que, anulado o casamento, a eficácia da coisa julgada se restringisse somente às partes, ou a um dado local, continuando a sociedade conjugal válida alhures ou em face de terceiros.”<sup>279</sup>

A fixação dos limites da competência territorial do órgão prolator certamente fere o princípio de Direito processual do devido processo legal substancial, pois se trata de

<sup>277</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores - a Lei 7.347, de 24/07/85. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 11, n. 44, p. 113-128, out./dez., 1986. p. 117.

<sup>278</sup> Mancuso, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 521.

<sup>279</sup> *Idem*, p.75.

dispositivo de lei completamente irrazoável. O conteúdo do dispositivo em questão tem como conseqüências práticas a indução à ocorrência de decisões contraditórias no âmbito nacional; além de desmoralizar ou desvalorizar as ações coletivas, promovendo-se, dessa forma, a fragmentação da justiça, tornando o acesso à mesma prejudicado, e diminuindo a eficiência e a economia processual.

Por fim, a participação popular poderá ser exercida por esta via, ou seja: pelo acesso ao Poder Judiciário mediante a propositura da Ação popular e da Ação civil pública, instrumentos estes de suma relevância para que se possam responsabilizar os agentes causadores de danos ambientais, contribuindo-se para o desenvolvimento da cidadania ecológica, a caminho do estabelecimento do Estado de Direito Ambiental.

### **1.2.2.1.6 Participação pela formação e integração em Organizações não Governamentais – ONGs**

A partir da década de 80, alguns grupos começaram a se destacar em termos de participação ativa, grupos estes usualmente caracterizados como *terceiro setor*, a exemplo das chamadas ONGs. Mas, além destas, o terceiro setor ainda é formado por institutos, fundações, entidades de classe, associações profissionais, movimentos sociais entre outros. Normalmente, o terceiro setor trata de demandas sociais em que o Estado se abstém - por falta de condições econômico-financeiras, estruturais, má administração etc., - e, ainda, tratam de assuntos que comumente não interessariam aos agentes do mercado, já que não visam o lucro. Nestes termos, uma organização não governamental, visa o desenvolvimento de atividades de interesse público e, dentro destes, o interesse difuso. As entidades de interesse público têm como destinatário o interesse da sociedade, o que dá suporte à criação de ONGs.<sup>280</sup>

Desde o início do século XX, os sindicatos serviram de estrutura para a participação dos trabalhadores, tendo atuação decisiva para a defesa da dignidade dos mesmos. Mas a participação para a proteção do meio ambiente não tem a mesma característica, pois não se trata da defesa de uma classe profissional, mas de interesses que concernem a diversos segmentos sociais. Neste caso, não se atua em benefício apenas de um grupo ou de uma classe, mas da coletividade, na defesa de um interesse ou direito *difuso*.<sup>281</sup>

---

<sup>280</sup> CONCEIÇÃO, Maria Collares F. da. O papel das ONGs na defesa do meio ambiente: o exercício da cidadania. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito ambiental em evolução*. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003. p. 238.

<sup>281</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. *Op. cit.*, p. 81.

Tratando das organizações não governamentais, Conceição afirma que “grande parte dessas organizações ainda vive na informalidade, há carência de informações sobre a sua constituição. Iniciativas acadêmicas foram empreendidas em todo o mundo, e no Brasil cresce o interesse pelo novo campo.”<sup>282</sup> Com relação à informalidade por falta de informação, ressalte-se que isso representa um impedimento na consecução dos objetivos das ONGs ambientalistas, pelo menos no sentido de tais organizações terem a possibilidade de propor Ação civil pública na defesa do meio ambiente.

A Lei nº. 9.790/99 dispõe, em seu art. 3º, sobre a qualificação das pessoas jurídicas, observando o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das organizações. Aquela Lei exige que as organizações da sociedade civil de interesse público devam ser pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos; e, por fim, os objetivos sociais das pessoas jurídicas de direito privado têm suas finalidades elencadas no art. 3º e, dentre elas, está a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável (inciso VI).

O Decreto nº. 3.100/99 regulamentou a Lei nº. 9.790/99, com a finalidade de promover a desburocratização do registro das referidas organizações. Mas o fato é que, na prática, a burocracia ainda é excessiva, em função, sobretudo, das inúmeras exigências de cada cartório, em relação aos documentos a serem encaminhados para registro das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

De acordo com Conceição, a legitimidade das ONGs para ajuizamento da Ação civil pública tem restrita jurisprudência. Isso ocorre pela falta de iniciativa destas entidades, por ignorância, por desconhecimento da lei e, por receio de retaliações, ou ainda pela dificuldade em constituir advogado, em razão das despesas com honorários ou gastos administrativos.<sup>283</sup>

O terceiro setor, representado, aqui, pelas ONGs possui duas importantes funções: a primeira é a de suprir uma carência do próprio Estado, que se omite em proporcionar condições básicas de existência para a população; a segunda função trata do exercício da cidadania e, mais ainda, da cidadania ecológica, com as vantagens de que, normalmente, uma organização tem maior força política, do que um indivíduo isolado no pólo ativo de determinada demanda.

---

<sup>282</sup> Conceição, *op. cit.*, p. 239.

<sup>283</sup> *Idem*, p. 243.

Além disso, tais organizações têm a opção de colaborar com o Ministério Público na tutela dos direitos difusos. Contudo, Machado entende que as ONGs ambientalistas só serão eficazes se tiverem “credibilidade moral, pluralidade e idoneidade na sua composição, e se procurarem autenticamente seus fins estatutários.” O doutrinador assevera que

Desvirtuamentos eventuais – como, por exemplo, agirem como “testas-de-ferro” de interesses espúrios ou atuarem como empresas, objetivando a obtenção de lucro financeiro – terão que ser corrigidos prontamente. Se as ONGs utilizarem dinheiro público, deverão ser fiscalizadas pelos Tribunais de Contas.<sup>284</sup>

Nesse sentido, Prieur assinala que “as associações de defesa do ambiente desempenham um papel essencial ao lado dos poderes públicos como atores da participação.”<sup>285</sup> O autor destaca que apesar de haver quem acuse as associações de esconderem-se atrás da bandeira idealizada do ambiente,

A grande maioria das associações ambientais são “desinteressadas”. Elas perseguem um objetivo de interesse geral de caráter ecológico relativo a toda coletividade. Para melhor reconhecer as verdadeiras associações de defesa do ambiente, os poderes públicos instauraram um procedimento complexo – dito de outro modo - “de aprovação” das associações.<sup>286</sup>

As ONGs devem atuar na defesa do meio ambiente, inspecionando e monitorando potenciais atividades de degradação ambiental, desde que não interfiram no âmbito da segurança nacional ou da quebra de sigilo legalmente protegido. Elas devem promover a Ação civil pública, agindo no âmbito jurídico para realizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E deveriam também agir como assistentes do Ministério Público no processo penal, desde o inquérito policial, a fim de diminuir a impunidade.

Todavia, o art. 268 do Código Penal brasileiro estatui que em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31 (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão). Assim, não há previsão legal expressa, em matéria penal, para que as ONGs possam figurar como assistentes, e realizar atividades como propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, participar do debate oral etc.

<sup>284</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro. Op cit.*, p. 83.

<sup>285</sup> PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2004. p. 113-14, tradução nossa. (Les associations de défense de l'environnement jouent un rôle essentiel à côté des pouvoirs publics en tant qu'acteurs de la participation.)

<sup>286</sup> Idem, p. 114, tradução nossa. (La grande majorité des associations d'environnement sont « désintéressées ». Elles poursuivent un but d'intérêt général de caractère écologique et concernent l'ensemble de la collectivité. Pour mieux reconnaître les véritables associations de défense de l'environnement, les pouvoirs publics ont mis en place une procédure complexe - pouvait-il en être autrement -, dite « d'agrément » des associations.)

De acordo com Prieur, é difícil mensurar a importância quantitativa do movimento associativo ambiental francês. Haveria cerca de dez mil à quarenta mil associações interessadas diretamente nos problemas ambientais, e cerca de 3% dos franceses aderem a uma associação ambientalista. Porém, um número elevado de associações cria-se ou desaparece cada ano.<sup>287</sup> O autor afirma que, na França, as “as associações participam de certos órgãos Consultivos ou de administração na medida onde seus lugares são expressamente reservados. Podem além disso ser designadas a título de personalidades qualificadas.”<sup>288</sup> Nestes termos, as associações reconhecidas são chamadas a participar dos organismos públicos ambientais, onde a participação não é nem obrigatória, nem automática, e também não é reservada somente a elas.

Finalmente, o fortalecimento das ONGs é um processo fundamental para que a defesa dos meio ambiente adquira eficácia no plano dos fatos. Este fato foi devidamente constatado e discutido na ECO-92, realizada no Rio de Janeiro, e estabelecido no Capítulo XXVII da Agenda 21.<sup>289</sup> O trabalho de diversas ONGs ambientalistas na defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado representa um dos fatores na construção e desenvolvimento de uma cidadania ecológica, trabalho este ainda mais difícil no Brasil, onde a falta de educação (ambiental) somada às desigualdades existentes dificultam o trabalho daquelas organizações, que acabam por vezes estereotipadas aos olhos da população.

### 1.2.2.2 Informação ambiental

A informação ambiental é uma aliada na defesa e proteção do meio ambiente. O art. 19 da Resolução nº. 217-A (III) da Organização das Nações Unidas - ONU, de 10 de

<sup>287</sup> PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement. Op. cit.*, p. 114.

<sup>288</sup> Idem, p. 128, tradução nossa. (Les associations participent à certains organes Consultatifs ou d'administration dans la mesure où des sièges leur sont expressément réservés. Elles peuvent par ailleurs être appelées à être désignées au titre des personnalités qualifiées.)

<sup>289</sup> Tratando das ONGs no âmbito externo, Dinamarco afirma que “Na França, as associações são muito populares. Dados estatísticos do Ministério da Cultura revelam que, ‘em 1981, 31,6% dos franceses com mais de 15 anos fazem parte de uma ou mais associações’. Para elas adquirirem legitimidade extraordinária para a defesa de interesses metaindividuais, é indispensável obter uma autorização estatal específica. Para tanto, ‘é necessária manifestação do Ministério Público, bem como a demonstração da representatividade da associação, tanto em nível nacional quanto local’. Os arts. 5 a 11 da lei francesa n. 546, de 1º de julho de 1972, relativa à luta contra o racismo, conferem legitimidade ativa a todas as associações devidamente registradas pelo menos cinco anos antes da ocorrência dos fatos e cujo propósito, constante dos estatutos, seja o de combater o racismo. Em alguns países (v. g., Portugal), as associações têm o direito de participar e intervir na definição de políticas e de grandes linhas de orientação legislativa em relação aos direitos dos consumidores e ao meio-ambiente. Seria interessante adotar, ou ampliar, essa participação procedimental legislativa aqui no Brasil, mediante consulta a entidades previamente qualificadas.” In: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 248-49.

dezembro de 1948 dispõe que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.”

A Declaração de Estocolmo, em seu art. 20, destacou a importância do livre intercâmbio de experiências e de informação atualizada, com o propósito de se resolver problemas ambientais. Já a Declaração do Rio, de 1992, em seu princípio 10, destaca a participação como melhor maneira de tratar questões ambientais, e que, no âmbito nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, além da oportunidade de participar em processos de tomada de decisões, pois é dever do Estado facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos.

O Princípio 19, da Declaração do Rio, ainda estabelece que os Estados devem prover, no caso de Estados que possam ser afetados, notificação prévia e informações relevantes sobre atividades potencialmente causadoras de considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente. Assim, os Estados devem se consultar em tempo hábil e primar pela boa-fé. Neste caso, esclarece-se que o Capítulo 40, da Agenda 21, dispõe que no desenvolvimento sustentável cada pessoa é usuário e provedor de informação. Aponta-se também para a necessidade de implementação: a) da redução das diferenças em matéria de dados; e b) da melhoria na disponibilidade de informação, isso com o propósito de que a informação adquira cada vez mais consistência.

No âmbito da legislação interna, existem várias normas que tratam do direito à informação de forma geral, e especificamente da informação ambiental. Assim, a seguir, se apresentará algumas disposições importantes de forma esquemática.

Art. 5º, inc. XIV, da CF/88.	Trata dos direitos e garantias fundamentais.	Assegura a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.
Art. 5º, inc. XXXIII, da CF/88.	Cuida dos direitos e garantias fundamentais.	Confere a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 5º, inc. XXXIV, da CF/88.	Trata dos direitos e garantias fundamentais.	Garante a todos, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.
Art. 4º, inc. V, da Lei nº. 6.938/81.	Trata da Política Nacional do Meio Ambiente.	A Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA tem como objetivos a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente; a divulgação de dados e informações ambientais; e a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico.
Art. 9º, inc. VII, da Lei nº. 6.938/81.	Cuida da Política Nacional do Meio Ambiente.	Prevê o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente, como instrumento da PNMA.
Art. 11, inc. II, do Dec. nº. 99.274/90.	Regulamenta a Lei nº. 6.938/81.	Estabelece que, para atender ao suporte técnico e administrativo do Conama, a Secretaria Executiva do Ministério do Meio Ambiente deverá coordenar, por meio do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente - Sinima, o intercâmbio de informações entre os órgãos integrantes do Sisnama. <sup>290</sup>
Portaria nº. 1.066/1989 do Ibama.	Instituiu o Centro Nacional de Informação Ambiental – Cnia.	Objetiva sistematizar, gerenciar e difundir as informações ambientais em geral, criando uma base de dados que integra o Sinima com o objetivo de implementar e desenvolver a Rede Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Renima, <sup>291</sup> entre outros.
Art. 8º, <i>caput</i> , da Lei nº. 7.347/85.	Lei da Ação Civil Pública.	Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.
Art. 8º, § 1º, da Lei nº. 7.347/85.	Lei da Ação Civil Pública.	Autoriza o Ministério Público a instaurar inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, num prazo não inferior a 10 (dez) dias úteis. Neste caso, a certidão ou informação somente poderá ser negada, quando houver sigilo estabelecido por lei. Na ocorrência dessa hipótese, a ação poderá ser proposta sem os documentos que contenham as informações requeridas, cabendo

<sup>290</sup> Redação dada pelo Decreto nº. 3.942, de 2001.

<sup>291</sup> Rede Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - Renima, criada pela Portaria 48-N, de 1993, para viabilizar o fluxo constante de informações ambientais, no âmbito do Sisnama. De acordo com Loures “Ela é formada tanto por órgãos estaduais de meio ambiente como por outras entidades ambientalistas, ambos na qualidade de Centros Cooperantes. O Sinima ainda é composto pela *Rede Nacional de Computadores do Ibama - Rnci*, através da qual se pretende integrar as diversas unidades administrativas do Instituto, os demais órgãos e entidades integrantes do Sisnama, além de outras instituições de proteção ambiental, nacionais e internacionais, mediante sistemas informatizados de comunicação de dados com alcance nacional.” In: Loures, *op. cit.*, p. 206.

		ao juiz requisitá-los (§ 2º).
Art. 66, da Lei nº. 9.605/98.	Trata dos Crimes contra a Administração Ambiental.	No caso de afirmação falsa ou enganosa de funcionário, a omissão da verdade, a sonegação de informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental, a pena será de reclusão de um a três anos, e multa.
Art. 77, inc. III, da Lei nº. 9.605/98.	Cuida dos Crimes contra a Administração Ambiental.	Estabelece que, resguardados a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, o Governo brasileiro prestará, no que concerne ao meio ambiente, a necessária cooperação a outro país, sem qualquer ônus, quando solicitado para as informações sobre pessoas e coisas. Esclarece-se, neste caso, que tais informações deverão ser dirigidas ao Ministério da Justiça.
Art. 22, §§ 2º e 3º, da Lei nº. 9.985/00.	Instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação.	Prevê que a criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento. No processo de consulta pública, o Poder Público é obrigado a fornecer informações adequadas e inteligíveis à população local e a outras partes interessadas.
Art. 2º, da Lei nº. 10.650/03.	Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.	Determina que os órgãos e entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, integrantes do Sisnama, ficam obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico.
Art. 2º, §§ 2º e 3º, da Lei nº. 10.650/03.	Trata do acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.	Assegura o sigilo comercial, industrial, financeiro ou qualquer outro sigilo protegido por lei, bem como o relativo às comunicações internas dos órgãos e entidades do governo. Por fim, pessoas físicas ou jurídicas que concederem informações sigilosas à Administração Pública deverão indicar essa circunstância, de forma expressa e fundamentada.
Art. 3º, da Lei nº. 10.650/03.	Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.	Determina que as autoridades públicas poderão exigir a prestação periódica de qualquer tipo de informação por parte das entidades privadas, mediante sistema específico a ser implementado por todos os órgãos do Sisnama, sobre os impactos ambientais potenciais e efetivos de suas atividades, independentemente da existência ou necessidade de instauração de qualquer processo administrativo.



Assim, no sistema brasileiro que cuida da informação ambiental, destaca-se a função da Secretaria-Executiva do Ministério do Meio Ambiente na coordenação - por meio do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente – SINIMA – e promoção do intercâmbio de informações entre os órgãos integrantes do SISNAMA. Sobre esse ponto, Loures afirma que

Na prática, entretanto, o SINIMA ainda não proporcionou aos órgãos ambientais e à coletividade todos os benefícios vislumbrados pelo legislador quando de sua instituição. Os próprios agentes públicos parecem demonstrar receio com relação à divulgação das informações que estão sob seu controle.<sup>292</sup>

O sistema de informação instituído pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981, vem se desenvolvendo e buscando adaptações e complementações necessárias a uma boa gestão ambiental, baseada num eficiente fluxo de informação, que inclui cadastros em vários níveis, além de sistemas de armazenamento e trocas de informações *setoriais* como, por exemplo, o sistema criado pela Lei nº. 9.433/97, que instituiu, no âmbito da Política Nacional de Recursos Hídricos, o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Tratando-se do dever de informação no âmbito internacional, Machado defende que “a não-informação de eventos significativamente danosos ao meio ambiente por parte dos Estados merece ser considerada crime internacional.”<sup>293</sup> Esta criminalização da ocultação de informações importantes sobre assuntos ambientais reforçaria a responsabilização das instituições e governos, nos casos em que a falta de informação cause risco/perigo, sobretudo para as vidas humanas.

Cita-se, neste caso, o exemplo do furacão Katrina, que causou grande prejuízo na região litorânea do sul dos Estados Unidos - especialmente em Nova Orleans - em 29 de agosto de 2005. Na ocasião, mais de um milhão de pessoas foram evacuadas, tendo-se bilhões de dólares de prejuízos materiais, além do furacão ter causado aproximadamente mil mortes humanas. Destaque-se que a interrupção do suprimento de petróleo, importações e exportações causada pela tempestade, tiveram reflexos na economia global.<sup>294</sup> Mas o fato é que, na época, veicularam notícias de que especialistas (meteorologistas/ambientalistas) já tinham ciência da ocorrência do fenômeno e, no entanto, o governo norte-americano foi

---

<sup>292</sup> Idem, p. 205.

<sup>293</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro. Op. cit.*, p. 80.

<sup>294</sup> WIKIPEDIA. *Furacão Katrina*. Disponível em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Furac%C3%A3o\\_Katrina](http://pt.wikipedia.org/wiki/Furac%C3%A3o_Katrina)>. Acesso em: 24 abril 2007.

acusado de ignorar (mesmo que parcialmente) tal fato e, por isso, as conseqüências atingiram proporções excepcionais.

Destarte, o direito à informação está ligado à participação do cidadão no projeto nacional de proteção ao meio ambiente. E esta informação não deve apenas ser transmitida em casos de acidentes ambientais, mas deve configurar prática usual da Administração Pública.

O desrespeito ao princípio da publicidade, a ocultação das informações sobre o estado dos recursos naturais e outras informações públicas, como decisões administrativas, ou laudos, por exemplo, contribuem para a ineficácia da norma ambiental. A negação de informação por parte de órgão público enseja a impetração de Mandado de segurança, para a obtenção do direito líquido e certo àquele direito.

Martins sustenta que a prática do sigilo e do segredo na Administração Pública representa entraves importantes à participação dos diversos atores sociais que defendem a proteção ambiental, atingindo negativamente a eficácia da norma, de modo que o público fica sem o conhecimento do próprio descumprimento normativo. A autora ainda denuncia que “[...] em diversas oportunidades, é o próprio órgão encarregado pela defesa do meio ambiente que, por meio de ‘manobras jurídicas’ e outros artifícios, impõe o sigilo.”<sup>295</sup> Daí a necessidade da utilização, em último caso, de meios jurídicos pertinentes para se fazer valer o direito à informação ambiental.

Reafirma-se, por fim, a importância da informação ambiental no sistema nacional de proteção do meio ambiente, pois é ela que servirá de base para a atuação dos cidadãos e órgãos públicos na defesa dos direitos difusos. Deste modo, a prática da *censura* por parte dos organismos que tratam de matéria ambiental - no sentido de tentar interditar ou restringir a livre manifestação de pensamento, ou a propositura de ações, por meio da retenção de documentos (informações) necessários ao esclarecimento de fatos relativos à esfera ambiental - não corresponde à estrutura de Estado estabelecida na Constituição Federal de 1988, ou seja: uma estrutura democrática que elevou o direito à informação ao nível maior.

Neste caso, deve-se tomar todas as providências cabíveis, com base nos vários dispositivos legais anteriormente citados, entre outros, a fim de que seja realizada a verdadeira democracia (material); e, enfim, que as pessoas possam se manifestar na qualidade de cidadãos, com base em informações caracterizadas pelo fácil acesso.

---

<sup>295</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. *Op. cit.*, p. 184-85.

### 1.2.2.3 Considerações finais sobre a cidadania ecológica

No Estado de Direito Ambiental, a cidadania a ser desenvolvida deverá ser uma cidadania plena. Aquela que ultrapassa o conceito tradicional ou clássico,<sup>296</sup> e que acene para uma conduta pró-ativa com relação à defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sem o exercício da cidadania plena pelos cidadãos, aquele modelo de Estado não poderá ser concretizado. Contudo, reconhece-se que essa mudança de percepção e de atitude dos indivíduos e grupos, requer um longo e exaustivo trabalho de conscientização e educação ambiental.

Assim, pode-se caracterizar a *cidadania ambiental* ou ecológica como uma cidadania mais abrangente, que vai além de dado território ou determinado povo. Ela pode ser exercida de forma individual ou coletivamente, e deve ser exercida por organizações que cuidam de assuntos ambientais como as ONGs.

Cabe ressaltar que o atual modelo de Estado está alicerçado numa *democracia formal* de cidadania restritiva, que limita as condições de participação, como, por exemplo, nos assuntos afetos à legitimação nas questões processuais. Uma verdadeira democracia deve se pautar no respeito aos direitos fundamentais e na própria Constituição. Nesse sentido, Leite e Ayala afirmam que

A democracia ambiental deve permitir que também os interesses e direitos das futuras gerações não sejam lesados, não apenas por meio da fiscalização da idoneidade da representação de seus interesses, mas, sobretudo, mediante a reserva da decisão à participação de seus legítimos interessados.<sup>297</sup>

Na construção do Estado de Direito Ambiental, ainda devem ser levadas em consideração as características de cada região, tipo de desenvolvimento econômico e social, além de um estudo a respeito das vantagens e prejuízos que podem advir de cada ação a ser executada em dada sociedade. Nestes termos, não há uma fórmula para ser aplicada nos Estados indistintamente. As diferenças e particularidades devem ser respeitadas, a fim de se garantir a diversidade e as características originais de cada povo, ecossistema, sistema político etc. E, ainda, o que não resta dúvida, é que o *novo* Estado deve ser edificado num sistema

<sup>296</sup> Aqui, Leite e Ayala explicam que “A cidadania clássica é constituída de três elementos que lhe dão características: a cidadania civil, a política e a social. A cidadania civil está ligada às liberdades individuais, tais como ir, vir, pensar, de contratos válidos, de propriedade, justiça igual e outras. A cidadania política está relacionada com o pleno direito de exercer o poder político. A cidadania social é consagrada naquela que reclama uma ação positiva do Estado, considerando metas de bem-estar social.” In: Leite; Ayala, *op. cit.*, p. 303-04.

<sup>297</sup> Idem, p. 316.

democrático que enfatize o acesso à informação, além do incentivo à participação da população nos processos de decisão política.

Atualmente, as constantes pesquisas realizadas na área ambiental - seja por indivíduos ou entidades interessadas - constataam o crescimento e desenvolvimento dos Partidos Verdes em todo o mundo; além da iniciativa de empresas na implementação sistemas de gestão ambiental, seja por motivos de caráter ético-ambientais, ou mesmo comerciais; também o crescimento, sobretudo na Europa, de um mercado consumidor verde; e, por último, o trabalho de diversas ONGs ambientalistas na defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, - fatos estes que denotam indícios do desenvolvimento de uma *cidadania ecológica* em nível mundial.

No Brasil, a legislação nacional oferece diversos instrumentos de proteção ao meio ambiente, às autoridades públicas e ao cidadão comum. Mas interesses dominantes, normalmente aqueles centrados na relação mercado/consumo, representam uma barreira que parece intransponível para a solução dos problemas atuais.

Na realidade, esse problema é muito maior do que a própria crise ambiental, pois põe em xeque a credibilidade do próprio sistema jurídico. Birnfeld, quando trata da cidadania ecológica, chama a atenção para o papel importante dos operadores jurídicos num trabalho de consolidação dos princípios de cidadania na esfera interna, além da atuação na projeção cultural e normativa daqueles princípios para as esferas transnacionais, ou seja: a necessidade de se trabalhar a dimensão ecológica da cidadania na esfera da reação social e da mediação institucional.<sup>298</sup>

O autor explica que trabalhar a cidadania ecológica na esfera da *reação social* significa o reconhecimento da necessidade de se conferir ao ato interpretativo da norma ambiental uma importância, e uma generosidade de acordo com a profundidade dos valores que lhe são inerentes. Já a *mediação institucional* dar-se-ia no sentido de se apreender a complexidade da operação referente à permeabilidade dos valores ecológicos pelo tecido social, a partir das suas diversas instâncias normativas.<sup>299</sup>

Nestes termos, os operadores jurídicos estariam aptos a concretizar os princípios de cidadania ambiental, redefinindo a relação dos indivíduos com o meio ambiente, com os demais indivíduos, demais seres vivos etc.; já que eles ocupam posição estratégica, em razão da atividade que desenvolvem e da legitimidade que possuem para - por meio da sua atuação profissional - firmar os elementos de construção de uma cidadania ambiental.

---

<sup>298</sup> Birnfeld, *op. cit.*, p. 215.

<sup>299</sup> Idem, p. 216.

Na opinião de Portella, o Estado Democrático de Direito Ambiental não só é uma possibilidade real, mas já está instalado de fato e de direito, assim como o Estado Democrático de Direito Social. O autor afirma que

Exatamente como este [Estado Democrático Social], aquele enfrenta as mesmas crises de procedimento, de informação, de educação, de formação, pela negação deliberada, voluntária, de uma transparência efetiva sobre os direitos e garantias colocados à disposição para defesa ambiental.<sup>300</sup>

De fato, o disposto no art. 225, da Constituição Federal de 1988, é perfeitamente compatível com o modelo de Estado de Direito Ambiental. Trata-se de um excelente começo para uma mudança no sistema de proteção do meio ambiente e, por consequência, no próprio sistema de mercado. Mas cabe lembrar que a sociedade ainda se alicerça no sistema capitalista, com todos os seus aspectos positivos e negativos. Por isso, é importante - para a construção do Estado de Direito Ambiental - a realização dos deveres ecológicos, para que a qualidade de vida se sobreponha aos interesses particulares daqueles que só visam o lucro, abstraídos da preocupação com o interesse público ou coletivo.

Fala-se, hoje, do que Canotilho nomeia de *comunitarismo ambiental*, ou de uma comunidade com responsabilidade ambiental baseada participação ativa do cidadão na defesa e proteção do meio ambiente.<sup>301</sup> No Brasil, tal comunitarismo está estabelecido na Lei Maior do Estado, já que o dever de defender o meio ambiente está intimamente ligado à idéia de responsabilidade. Assim, a Constituição Federal estabelece os deveres de proteção ao meio ambiente no seu art. 225 que, se efetivados, favorecerão as presentes e futuras gerações.

O dever de proteção e defesa do meio ambiente, estabelecido no artigo supracitado, impõe uma *responsabilidade* ao Poder Público e à coletividade com relação àquela tarefa. Trata-se da chamada responsabilidade solidária e participativa, que representa um compromisso com as gerações futuras. Sobre esse ponto, Ayala comenta que se cuida de um *modelo ético de compromisso*, expresso no *caput* do art. 225, na forma de responsabilidades jurídicas compartilhadas. O autor ainda reconhece, no texto do dispositivo em questão, o princípio da *equidade intergeracional*, também presente no art. 3º, I, da Carta Magna, que expressa o objetivo do País em tornar-se uma sociedade solidária no presente, com projeção para o futuro, onde o homem seria o responsável pelo seu próprio futuro, além

---

<sup>300</sup> Portella, *op. cit.*, p. 205-06.

<sup>301</sup> Canotilho, J.J.G. *Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. Op.cit.*, p. 9-10.

do futuro do próximo e daquele que está distante, representando, dessa forma, uma identidade constitucional da solidariedade intergeracional.<sup>302</sup>

Para a consecução dos objetivos (regras e princípios) constitucionais e infraconstitucionais, é necessário que haja uma evolução da cidadania atualmente formal, para uma cidadania participativa e, por fim, para o estabelecimento de uma cidadania ecológica ou ambiental. Este *processo* é o melhor caminho para a realização de uma sociedade mais democrática, onde os seus componentes (humanos) prezem por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que proporcione maior qualidade de vida para a os indivíduos da comunidade, seus filhos, netos, e assim sucessivamente com o aparecimento de novas gerações.

Finalmente, - após se ter dedicado a tecer algumas considerações sobre a sociedade atual *pós-moderna e de risco*, além de se ocupar de assuntos ligados ao desenvolvimento do Estado de Direito Ambiental, suas características e princípios, no âmbito da teoria sistêmica – faz-se mister cuidar de um assunto que pode determinar o bom êxito ou o malogro da tentativa de construção daquele tipo de Estado. Por isso, na próxima seção, cuidar-se-á de alguns aspectos relevantes acerca do “direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro”.

---

<sup>302</sup> AYALA, P. A. *A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira*, *op. cit.*, p. 246-49.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E A SUA EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de se começar a tratar do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental faz-se necessário passar algumas noções acerca dos direitos humanos, sua evolução, classificação, entre outras informações de destaque que melhor elucidem a fundamentalidade daquele direito.

Inicialmente, cabe esclarecer a diferença que a doutrina estabelece entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*. No âmbito internacional, os direitos humanos são protegidos por meio do *Direito internacional humanitário*, relativo ao regime geral de proteção da pessoa em situação de conflito armado; pelos *direitos dos refugiados*; além de serem tutelados pelo sistema propriamente chamado de *direitos humanos*, seja de cunho universal (Nações Unidas) ou regional (continentes americano, europeu e africano).<sup>303</sup>

Assim, o direito internacional humanitário apresenta-se como uma fonte de proteção, com precedentes no surgimento do Direito humanitário da Liga das Nações e da OIT, constituindo um dos marcos iniciais do processo de internacionalização dos direitos humanos. Nestes termos, Mazzuoli explica que o *Direito humanitário* foi criado no século XIX, para ser aplicável em caso de conflitos armados (guerra), com o propósito de estabelecer limites mínimos éticos à atuação do Estado, a fim de garantir a eficácia dos direitos fundamentais.<sup>304</sup>

A expressão *direitos fundamentais* apareceu na França, por volta de 1770. Atualmente, não existe um consenso firmado acerca da terminologia e do conceito de tais direitos. Mesmo na Constituição Federal de 1988 existem divergências semânticas como, por exemplo, na expressão *direitos humanos*, estabelecida no artigo 4º, inciso III; *direitos e garantias fundamentais*, estabelecida no Título II, artigo 5º, § 1º; *direitos e garantias individuais*, prevista no art. 60, § 4º, inciso IV etc.<sup>305</sup>

Normalmente, se utiliza a expressão *direitos fundamentais* para designar os direitos elevados à categoria de fundamentais positivados em nível interno. A identificação

<sup>303</sup> HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2001. p. 19.

<sup>304</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania: à luz no novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002. p. 35.

<sup>305</sup> KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005. p. 49 e 51.

daqueles direitos nos ordenamentos jurídicos dos variados países do Globo segue critérios próprios. Já a expressão *direitos humanos* é usualmente utilizada para designar os direitos naturais (fundamentais) humanos, estabelecidos em nível externo, ou seja, nas declarações internacionais de direitos, tratados e convenções.

Robles entende que os direitos humanos são uma forma de referência a critérios morais; já os direitos fundamentais são autênticos direitos subjetivos *privilegiados*, dotados de um tratamento normativo e processual especial no ordenamento jurídico, se comparados aos demais direitos ordinários.<sup>306</sup>

Para Sarlet, os direitos fundamentais podem ser visualizados sob três perspectivas: a primeira é a *filosófica* ou *jusnaturalista*, onde tais direitos pertencem a todos os homens, em todos os lugares e tempos; a segunda é a *universalista* ou *internacionalista*, e aqueles direitos apresentam-se como direito de todos os homens em todos os lugares, num certo tempo; já na terceira perspectiva, a *estatal* ou *constitucional*, os direitos fundamentais apresentam-se como uma qualidade de direitos do homem, num determinado tempo e lugar.<sup>307</sup>

Por fim, destaque-se a existência de outras perspectivas de abordagem dos *direitos fundamentais*. Contudo, importa afirmar que este direito ocupa o mais elevado grau do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de que representam sempre direitos que tratam dos valores mais básicos e vitais do homem, bem como de sua vida em sociedade. Tais direitos, seja os designados *fundamentais*, no âmbito interno; ou os direitos *humanos*, no âmbito internacional, são os pilares de sustentação da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, representa o valor máximo a ser defendido em qualquer ordem jurídica. Deste modo, a seguir, far-se-á de uma breve explanação a respeito da evolução histórica dos direitos humanos.

## 2.1 Direitos humanos: Uma trajetória de conquistas e privilégios!

A evolução dos direitos humanos se confunde com a evolução da sociedade, em resposta às várias necessidades de proteção provenientes de cada circunstância histórica vivenciada pela humanidade. Os doutrinadores citam alguns fatos históricos para demonstrar a evolução de tais direitos como, v.g., o fato de, na Idade Média, o monarca ter reconhecido alguns limites ao exercício do seu poder em favor da Igreja, dos senhores feudais, e das comunidades locais. Neste caso, destaca-se a *Magna Charta*, contrato firmado entre o Rei

---

<sup>306</sup> ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 8-9.

<sup>307</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 24.



João Sem Terra e os bispos e barões da Inglaterra, em 1215. Esse contrato prescrevia, entre outras disposições, que nenhum homem livre seria destituído de seus bens sem juízo prévio.<sup>308</sup>

A partir do século XVI, defendia-se os *direitos naturais* do homem que tinha a dignidade da pessoa humana como seu fundamento. Robles afirma que esta *dignidade* possui dois aspectos. O primeiro refere-se à pessoa em si mesma como valor, representando a indisponibilidade da própria pessoa, como o direito de auto-realização. O segundo aspecto seria derivado do primeiro, mas relaciona-se com o reconhecimento, por parte dos outros, de que a dignidade é inerente ao homem como pessoa.<sup>309</sup>

Foi a partir daquela data que se destacou o pensamento humanista, e, sobretudo, as idéias de Hobbes, e de Locke, que desenvolveram teorias políticas que contribuíram para a autodeterminação do indivíduo, além da sua liberdade, a fim de se impor um limite jurídico à arbitrariedade dos homens. Para isso, concebeu-se o Estado de Direito, contrapondo-se ao Estado Absolutista da época. Por outro turno, cabe destacar que muitas das promessas da modernidade – veiculados por meio do antropocentrismo e a razão individualista - não foram cumpridas, e seus benefícios foram distribuídos de forma desigual, resultando numa pós-modernidade maculada pela desigualdade, pobreza, riscos ambientais, entre outros graves problemas.

A modernidade afirmou – em contraposição ao Estado absoluto (arbitrário) - direitos que eram considerados inerentes aos seres humanos, e que deveriam ser respeitados como condição de convivência pacífica social. Sobre esse ponto, Dallari ensina que

Afirmada a liberdade natural da pessoa humana, com direitos naturais a ela inerentes, era necessário deixar claro que a formação da sociedade política, dotada de governo, não implicava renúncia àqueles direitos, mas, ao contrário disso, representava um avanço no sentido de protegê-los com maior efetividade.<sup>310</sup>

Locke, por exemplo, defendia os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, elevando tais direitos a categorias máximas da sociedade civil. Neste caso, o autor inglês afirmava a liberdade humana na ordenação de suas ações, e regulação de suas posses, observando-se, contudo, os limites da lei da natureza (razão), em contraposição à arbitrariedade ou ao abuso de poder. Em função da sua ênfase na defesa do direito de propriedade, Locke é considerado o pai do *individualismo liberal*.<sup>311,312</sup>

<sup>308</sup> Kretz, *op. cit.*, p. 53-54.

<sup>309</sup> Robles, *op. cit.*, p. 124-25.

<sup>310</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coord.). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 176.

<sup>311</sup> Kretz, *op. cit.*, p. 52.

Hobbes também pode ser citado como um grande *teórico dos direitos humanos*, por mostrar, em sua obra, que os direitos e os deveres são desconectados, no sentido de que o *natural rights* diferencia-se do *natural law*, direitos naturais e lei natural (no capítulo XIV de *Leviatã*). Nestes termos, o direito natural teria um significado subjetivo, representando uma opção que o indivíduo dispõe de usar como queira seu próprio poder, já que no estado de natureza hobbesiano, o homem goza de plena liberdade, ou tem direito a tudo.<sup>313</sup>

Além de Hobbes e Locke - como grandes contribuições para a afirmação dos direitos naturais do homem - destaca-se também a contribuição de Kant para a formação do Estado de Direito, isto porque este filósofo defendia, no âmbito jurídico, externalização das exigências de racionalidade e liberdade dos indivíduos, sobretudo no processo de reconhecimento dos direitos fundamentais.<sup>314</sup>

No século XVII e XVIII, ocorreu, na Inglaterra, uma ampliação dos direitos individuais, com instrumentos como, por exemplo, a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701. Estes instrumentos marcaram uma época de ascensão da classe burguesa, detentora do poder econômico, que reivindicava direitos renegados pelo regime feudal como, por exemplo, a pretensão de participação no poder político e a liberdade de comércio.

De acordo com Marum, a revolução burguesa no século XVII – chamada de Revolução Gloriosa - resultou no *Bill of Rights*, sancionada no ano de 1689 por Guilherme de Orange. Esta carta de direitos limitava o poder do monarca, em função da garantia do direito à vida, à liberdade, e à propriedade dos súditos. Ocorre que tais direitos não eram válidos nas colônias inglesas, fato este que desencadeou, no século seguinte, uma série de revoltas nas colônias norte-americanas, que resultou na independência dos Estados Unidos da América, em 1776.<sup>315</sup>

Este fato teve como consequência a primeira declaração de direitos do mundo moderno, representando um marco da origem dos direitos humanos, ou seja: a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, proclamada em junho de 1776. O artigo 1º, desta Declaração estabelece que

---

<sup>312</sup> A categoria direitos humanos está fundamentada no conceito de propriedade (*property*), sob o qual se integram tanto a vida quanto a liberdade e a propriedade no sentido de domínio sobre as coisas. A categoria antropológica básica de John Locke é a do homem-proprietário, diferentemente de Hobbes, que trabalha com a idéia do homem como aspirante perpétuo a possuir tudo. Em Locke, o espírito burguês se tornou mais complacente e seguro de si mesmo. In: Robles, *op. cit.*, p. 22.

<sup>313</sup> Robles, *op. cit.*, p. 20.

<sup>314</sup> Kretz, *op. cit.*, p. 53.

<sup>315</sup> MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édís Milaré, n. 28, out./dez., 2002. p. 119.

Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Posteriormente, na França, estabeleceu-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, como consequência da Revolução Francesa. Esta declaração serviu de modelo para a primeira Constituição daquele País, firmada em 1791, sendo que, de acordo com Kretz - apesar de que a partir deste acontecimento as Declarações de Direitos passaram a integrar a história do constitucionalismo - a maior parte dos textos constitucionais ainda caracterizava-se pela ideologia individualista.<sup>316</sup>

Deste modo, as declarações de direitos surgiram a partir da idéia de que os homens possuem direitos que lhes são inerentes, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é considerada um marco fundamental na defesa dos direitos humanos e da cidadania, mesmo que tenha representado, na época, os anseios da classe burguesa.

A conciliação dos direitos de liberdade com os direitos sociais teve como marco histórico a Constituição mexicana de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919. Esta última é reconhecida pela doutrina como a que melhor refletiu um novo estatuto de direitos fundamentais, que faz a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, já que estabeleceu, além das liberdades individuais tradicionais, os direitos sociais relativos à proteção da família, da educação e do trabalho.<sup>317</sup>

Mas, de acordo com Marum, foi a Constituição mexicana de 1917 que tratou, de forma pioneira e sistemática, dos direitos sociais. Nela, estabeleceu-se que os direitos civis e políticos pertenciam a toda a população, além do estabelecimento de restrições ao direito de propriedade privada. Segundo o autor, a Constituição de Weimar de 1919 previu a função social da propriedade, com a famosa afirmação de que *a propriedade obriga*.<sup>318</sup>

No entanto, a internacionalização dos direitos humanos deu-se, com maior propriedade, a partir do segundo pós-guerra, em 1945, onde ocorreu a proliferação daqueles direitos, e dentro deles os direitos relativos ao meio ambiente. Assim, a Segunda Guerra Mundial, época em que ocorreu inúmeras violações de direitos, teve como consequência posterior uma intensa criação de normas internacionais de proteção do ser humano, com o objetivo de resguardar e tutelar direitos até então inexistentes juridicamente.

---

<sup>316</sup> Kretz, *op. cit.*, p. 54.

<sup>317</sup> Idem, p. 55.

<sup>318</sup> Marum, *op. cit.*, p. 121-22.

Em conferência realizada em São Francisco, em junho de 1945, foi firmada a Carta de fundação da Organização das Nações Unidas, ou seja, a Carta da ONU. O item 3. do artigo 1º, desta Carta estabelece o propósito de se “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, e para promover e estimular o respeito aos *direitos humanos* e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”<sup>319</sup>

Em dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecendo como objetivo a ser perseguido por todos os povos e nações, o esforço, por meio da educação, para promover o direito aos direitos e liberdades; além de incentivar a adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, a fim de se garantir e reconhecer a observância universal e efetiva dos direitos ali estabelecidos. O documento em questão declara, em seu artigo 1º, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”<sup>320</sup> Destaque-se que, a partir daquele evento histórico, os direitos humanos foram sendo formulados teoricamente, e depois positivados na legislação interna de cada país, transformando-se em direitos fundamentais.

Com relação à evolução dos direitos fundamentais, Schäfer, comenta que estes evoluíram juntamente com o Estado de Direito, já que, com o processo de criação deste modelo de Estado, houve a necessidade de instituição de um controle dos órgãos estatais, a fim de se garantir o limite de suas competências mediante a vinculação do Poder Executivo ao ordenamento jurídico.<sup>321</sup>

A discussão acerca dos direitos humanos se aprofundou nos últimos anos, mas ainda se privilegia, na prática, a concretização ou realização, sobretudo, dos direitos civis e políticos, assim como a consecução dos direitos econômicos, sociais e culturais apenas para determinados países, geralmente desenvolvidos; e para determinados grupos no interior dos países em desenvolvimento, contrariando o que é proclamado na Declaração Universal, de que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”

Também ainda possui pouca relevância – tendo-se em vista a gravidade da atual crise ecológica – os *direitos humanos ambientais*, ou o *direito humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado*; ignorando-se que a própria vida (das presentes e futuras

---

<sup>319</sup> ORGANIZAÇÃO DAS AÇÕES UNIDAS. Carta da Organização das Nações Unidas. Disponível em <<http://www.onu-brasil.org.br/doc1.php>>. Acesso em: 20 fevereiro 2006. Grifo nosso.

<sup>320</sup> ORGANIZAÇÃO DAS AÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 21 março 2006.

<sup>321</sup> SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14.

gerações) depende um meio ambiente salutar, onde seres humanos e demais formas de vida possam obter um mínimo de qualidade no período de suas vivências.

Mas não se pode negar a importância da internacionalização dos direitos humanos no decorrer do século XX, já que as declarações de direitos anteriores, que não ofereciam nenhuma garantia de realização, eram ineficientes. Em consequência disso, havia a necessidade de desenvolver-se mecanismos internacionais de proteção de tais direitos, pois em muitos países os mesmos não possuíam *eficácia social* ou *efetividade jurídica*, deixando as vítimas das violações sem opção e sem recurso. Isto porque as declarações de direitos existentes no plano internacional, estabelecem princípios gerais que não vinculam juridicamente os Estados, são apenas *resoluções*, com valor de *recomendações*, a despeito de poderem ser consideradas verdadeiras fontes do Direito Internacional.

Com relação aos direitos humanos como tema global,<sup>322</sup> argumenta-se que os mesmos possuem caráter peculiar no Direito e nas relações internacionais. A primeira peculiaridade seria o fato de que o titular de um direito humano não é o Estado, mas os seres humanos (homens e mulheres), na qualidade de *cidadãos do mundo*. O segundo argumento seria de que, *a priori*, a interação dos governos nessa área não visa a proteger interesses próprios e, conseqüentemente, o tratamento internacional da matéria modificaria a noção habitual de soberania.<sup>323</sup>

O fato é que, ao aderirem aos tratados ou às convenções sobre direitos humanos, normalmente os Estados assumem obrigações internacionais para a defesa de seus cidadãos contra seus próprios abusos ou omissões. Com isso, eles aceitam a intrusão na soberania nacional, na forma de monitoramento relacionado àquilo que foi pactuado.

Contudo, Alves defende que, apesar dos monitoramentos, fato este que *afetaria* a soberania nacional, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas, por exemplo, teria caráter complementar e subsidiário, isto porque a responsabilidade principal, e o efetivo controle dos problemas relativos aos direitos humanos seria exercido pelos Estados. Neste caso, excetuam-se os casos que envolvam situações bélicas, ameaças à paz e à segurança internacionais, que são de competência o Conselho de Segurança. Este desenvolve atividades de supervisão e controle, mas não de tutela; e somente haverá tutela

---

<sup>322</sup> O sistema global dos direitos humanos é também conhecido como sistema das Nações Unidas, e foi instituído a partir de 1945, com a Carta das Nações Unidas.

<sup>323</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 43. Cabe destacar que, doutrinariamente, - apesar de que sob o aspecto formal as declarações tenham a natureza jurídica de resoluções - existe discordância acerca do aspecto material das declarações de direitos, ou seja: por um lado, há quem atribua as mesmas um caráter de *soft law* (direito maleável, flexível), apresentando conteúdo moral; por outro, há quem as caracterize como instrumento de *jus cogens* internacional e, por isso, de observância obrigatória, conforme estabelece o art. 53 da Convenção de Viena de 1969.

internacional dos direitos humanos quando uma jurisdição internacional legítima se sobrepuser às jurisdições nacionais.<sup>324</sup>

Tendo em vista os fatos acima relatados, verifica-se o problema de como se poderia criar um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, sem que se desenvolvam mecanismos de *controle* para a responsabilização do Estado infrator ou violador de tais direitos. O problema é ainda maior quando se constata que o Estado é geralmente o maior violador dos direitos humanos.

Importante ainda ressaltar que, com relação à *soberania*, há uma exceção quanto ao caráter *especial* dos direitos humanos, quando se trata, por exemplo, do *direito humano ambiental*. Se comumente doutrinadores alegam que os direitos humanos, tutelados em âmbito internacional, em geral não visam a satisfazer *interesses* particulares de determinados Estados, quando se trata de assuntos ambientais a satisfação de tais interesses é perfeitamente possível, tendo em vista o valor econômico dos recursos naturais.

Após a Declaração da ONU de 1948, surgiram vários instrumentos internacionais para a defesa e proteção dos direitos humanos.<sup>325</sup> O fato destes direitos estarem declarados e estabelecidos em tratados internacionais firmados pelos Estados, foi, sem dúvida, uma vitória da humanidade. Mas não se deve pensar que por isso a defesa daqueles direitos está garantida. Ao contrário, o seu estabelecimento, seja no âmbito interno ou externo, não é suficiente para efetivamente garanti-los.

Assim, deve-se avançar para a *realização* de tais direitos, a fim de que se promova uma sociedade mais justa e igualitária, baseada em valores humanitários que possam orientar as políticas nacionais no sentido de se promover uma igualdade de oportunidades substancial entre os cidadãos nacionais e, sobretudo, garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações atuais e futuras.

### **2.1.2 Os direitos humanos como direitos universais, interdependentes e indivisíveis: Um projeto pós-moderno**

Normalmente, apontam-se as Conferências Mundiais de Teerã, de 1968, e a de Viena de 1993, sobre direitos humanos, como parte de um processo de *construção de uma*

---

<sup>324</sup> Alves, *op. cit.*, p. 70.

<sup>325</sup> Destaca-se, nesta oportunidade, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia das Nações Unidas em 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, e em vigor desde 24 de abril deste mesmo ano. Além do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, aprovado na ONU em 1966, que entrou em vigor no Brasil em 24 de fevereiro de 1992, entre outros documentos.

*cultura universal* de observância desses direitos, sobretudo pela busca de soluções globais para problemas que afetam a todos os seres humanos, assim como pela aspiração comum a valores considerados superiores.<sup>326</sup>

Vários documentos internacionais, incluindo resoluções das Nações Unidas, estabelecem que todos os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes. Nestes termos, o art. 5º, da Declaração de Viena de 1993, declara que todos os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, e que a comunidade internacional deve tratar os direitos de forma global, justa e equitativa. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promoverem e protegerem todos os direitos humanos, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.<sup>327</sup>

Trindade afirma que, em razão da sua universalidade, os direitos humanos, tanto no plano normativo, quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes*. Assim, a concepção contemporânea estaria fundada nos pilares da *universalidade*, *indivisibilidade* e *interdependência* de tais direitos.<sup>328</sup> De acordo com Mazzuoli, a *universalidade* refere-se ao fato de que a condição de *pessoa* deve ser o único requisito para a titularidade de direitos; a *indivisibilidade* significa que os direitos civis e políticos devem ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, pois não existe verdadeira liberdade sem igualdade, e é impossível a igualdade sem liberdade; e a *interdependência* refere-se ao fato de os direitos dependerem uns dos outros para uma plena satisfação das necessidades humanas.<sup>329</sup>

No Brasil, a *universalidade* dos direitos humanos consolida-se, com a consagração do princípio constitucional da *dignidade da pessoa humana* como núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e qualquer *pessoa*. Quanto à *indivisibilidade* daqueles direitos, a Carta de 1988 integra no elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais, que nas Constituições anteriores estavam inseridos no capítulo relativo à ordem econômica e social.<sup>330</sup>

Durante a Guerra Fria havia uma disputa ideológica no sentido de a URSS defender o coletivismo; e dos Estados Unidos enfatizarem os direitos civis e políticos e as liberdades fundamentais. Hoje, a maioria dos autores entende que os direitos humanos são

<sup>326</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997)*: as primeiras cinco décadas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 106-07.

<sup>327</sup> ORGANIZAÇÃO DAS AÇÕES UNIDAS. Declaração e Programa de Ação de Viena (1993). Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 05 abril 2006.

<sup>328</sup> Trindade, *op. cit.*, p. 108.

<sup>329</sup> Mazzuoli, *op. cit.*, p. 53.

<sup>330</sup> Idem, p. 127-28.

interdependentes e indivisíveis. Nestes termos, Alves explica que as condições estruturais têm reflexos evidentes na situação dos direitos econômicos e sociais, afetando ainda os direitos civis, pessoais e judiciais elementares. O autor destaca que a ausência de níveis satisfatórios de desenvolvimento econômico-social não pode servir de desculpa para a inobservância dos direitos humanos.<sup>331</sup>

Com relação a este ponto, Mello comenta que, no Brasil, o grande problema é que, por um lado, os economistas pensam no *equilíbrio* monetário e, por outro, os juristas falam em direitos humanos, configurando, dessa forma, dois discursos opostos, pois, segundo o doutrinador, a economia perdeu todo o seu aspecto humanista que existia na época em que era denominada de Economia Política. De outro vértice, o Direito, que é destinado ao homem, abandonou o formalismo, sendo orientado por valores, onde a dignidade humana representa o valor de maior fundamentalidade.<sup>332</sup>

Partindo-se da idéia de que a *eficácia* das normas aferidoras de um direito ao meio ambiente equilibrado é pressuposto para a manutenção da vida - ou, ao menos, de uma vida com um padrão *razoável* de qualidade - a garantia daquele direito apresenta-se como pré-condição para a realização dos demais direitos humanos.

Com relação ao processo de reconhecimento legal da interdependência entre *direitos humanos e direito ao meio ambiente equilibrado*, Bertoldi assinala que tal processo está em construção, existindo algumas propostas de positivação nos âmbitos interno e internacional, mas trata-se de processo em fase inicial. A autora ainda questiona se “quando se viola o direito ao meio ambiente, também se violam direitos humanos?” e chega à conclusão de que “até o presente momento esta indagação não tem uma resposta apesar da existência de tendências e proposições.”<sup>333</sup>

Nascimento *et al* entendem que, em princípio, os direitos humanos são valores universais, mas a reflexão e a ação voltada para tais direitos é sempre contingente, e vinculada a um contexto específico.<sup>334,335</sup> Na opinião de Sarlet, a positivação dos direitos fundamentais

<sup>331</sup> Alves, *op. cit.*, p. 45.

<sup>332</sup> MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 7.

<sup>333</sup> BERTOLDI, Márcia Rodrigues. *O direito humano a um meio ambiente equilibrado*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1685>>. Acesso em: 27 julho 2004.

<sup>334</sup> NASCIMENTO, José do *et al.* *Os direitos humanos e a sua articulação prática com os sistemas sociais*. Campo Grande: Editora UCDB, 2001. p. 22.

<sup>335</sup> Aqui, o autor cita como uma primeira as teorias ligadas ao jusnaturalismo moderno, cujo principal representante é John Locke; uma segunda fase marcada pelas Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa, com o surgimento do Estado Moderno, onde os direitos passam da teoria para a formalização; e uma terceira fase iniciada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, na qual a afirmação dos direitos é simultaneamente universal e positiva. Cf. Nascimento *et al*, *op. cit.*, p. 22- 23.



por meio da Declaração da ONU de 1948, marcou o reconhecimento daqueles direitos a todos os seres humanos, de maneira global, estabelecendo-se uma universalidade concreta (não abstrata) dos direitos fundamentais positivos universais.<sup>336</sup>

Alguns autores defendem a idéia dos direitos humanos como um valor universal, e ainda como um fator restritivo na elaboração do poder constituinte originário. Neste caso, argumenta-se que, atualmente, os direitos universais, englobariam os direitos humanos, o direito ambiental, o biodireito, o direito à informática e o direito econômico; e a universalidade dar-se-ia em função do grau de compromisso que esta geração tem com as gerações atuais e futuras.<sup>337</sup>

Contudo, questiona-se a universalidade de alguns direitos ou normas que pretendem estabelecê-los como tais, já que diante de uma realidade mundial tão diversa, que comporta culturas tão peculiares e específicas, oferecem dificuldades para a aceitação jurídica, e até mesmo moral ou cultural, das declarações ditas ou pretendidas universais. Aqui, citam-se os povos islâmicos, que possuem a sua cultura e religião bem diferenciada de países europeus de tradição católica, por exemplo. Nestes termos, Proner, ao tratar da questão de um pretense consenso acerca da universalidade dos direitos humanos, afirma que

Acreditar na existência desse consenso generalizado, como se a humanidade finalmente tivesse encontrado e ratificado todos os seus direitos em uma espécie de “Dez Mandamentos”, seria ignorar o momento histórico de surgimento da Declaração Universal, momento tumultuado pela violência da Segunda Guerra e pelos profundos conflitos ideológicos das grandes potências.<sup>338</sup>

Tratando-se da idéia de valores universais, é importante esclarecer que tais valores estão associados à idéia de algo que seja inalienável no ser humano. No entanto, de acordo com Novaes, a única coisa inalienável no ser humano é a própria crença de que temos algo de inalienável a ponto de ser protegido. Ademais, os *direitos humanos* são histórico, social e culturalmente localizados e, segundo a autora, a cultura pensada como um conceito antropológico, ou seja - como um sistema com estrutura e organização social, crenças e valores morais - demonstra que o mesmo se passa com a cultura dos direitos fundamentais. Aqui, a grande dificuldade residiria em se determinar o que deverá ou não ser protegido, repudiado ou proibido (indigno) e, além disso, refletir até que ponto se poderá interferir na

<sup>336</sup> Sarlet, *op. cit.*, p. 59.

<sup>337</sup> Nascimento *et al.*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>338</sup> PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 42.

cultura de povos diferentes, questionando-se quais são os princípios que justificariam tal intervenção.<sup>339</sup>

Novaes afirma a impossibilidade da tolerância radical entre os seres humanos, pelo fato de que estes são seres moralizados. Nestes termos, existem limites determinados pela moralidade, pela cultura; e a intolerância faz parte de todo sujeito dotado de alguma crença. Porém, a autora conclui que a defesa dos direitos humanos é a defesa de uma possibilidade de tolerância, devendo-se, contudo, atentar para os referidos limites, já que não se trata de uma condição do humano que é dada pela biologia, e não se nasce de posse dos direitos fundamentais, pois o estado de natureza seria livre do estado de direitos.<sup>340</sup>

Por seu turno, Pegoraro defende que a pretensão de universalidade e a universalidade dos direitos humanos são infundadas, já que representam considerações da retórica jusnaturalista e das reivindicações eurocentristas, além do que a história mostra que direitos ditos imutáveis e eternos, consagrados nos preâmbulos das constituições e declarações, foram continuamente revisados e atualizados. O autor critica a pretensão de universalidade de tais direitos em razão destes serem fruto de visões anti-históricas e contraditórias da prática cotidiana de vários ordenamentos. Para ele, os direitos, sejam antigos ou atuais, são frutos de concessões sociais e políticas de dado momento histórico. Daí a conclusão de que o universalismo eurocêntrico atualmente é obrigado a lidar com uma realidade que é composta, por um lado, de direitos humanos *individuais* e, por outro, de direitos humanos *coletivos* (de grupo) expondo-se, dessa forma, os graves limites de cada visão absoluta dos referidos direitos.<sup>341</sup>

De fato, a diversidade existente no mundo pós-moderno gera um conflito de idéias e de culturas que, por sua vez, termina muitas vezes em conflitos armados, ou em desordem e desequilíbrio social. Todavia, a solução para tal problema deve ser perseguida, até que se encontre um caminho para que a paz e o equilíbrio social sejam alcançados. Em princípio, tal solução deve surgir do *respeito* entre os seres humanos, por suas histórias, culturas, crenças religiosas, ou seja, suas especificidades ou peculiaridades.

Na pós-modernidade, a dignidade da pessoa humana representa o princípio orientador, ou princípio base, em nível de declarações de direitos no âmbito externo; e constitucionalmente, no âmbito interno. É a partir desse princípio que se pode construir uma

---

<sup>339</sup> NOVAES, Regina *et al.* *Direitos Humanos: temas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001. p. 57-58.

<sup>340</sup> *Idem*, p. 61-62.

<sup>341</sup> PEGORARO, Lucio. Os direitos “fundamentais” considerações sobre a elaboração do conceito e sua implicação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de *et al.* *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 444-47.

sociedade mais igualitária e mais humanista; e é a partir dele que se poderá *eleger* alguns direitos universais, com o propósito de se estabelecer aquela dignidade - no sentido de que os homens possam vivenciar a paz e o equilíbrio social - mediante princípios que valorizem a sua existência como, por exemplo, a igualdade, a democracia, a ética, entre outros.

Finalmente, é nesse contexto que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser considerado um direito humano *interdependente*, pois depende da consecução de outros direitos para a sua efetividade; o direito em questão mantém uma *indivisibilidade* com relação aos demais direitos, já que o respeito às normas de Direito ambiental dependem também da efetiva aplicação de normas de diversos ramos do Direito como, por exemplo, dos direitos à saúde; os sócio-culturais, destacando-se, neste caso, o direito à educação; além de tratar-se de um direito *universal*, pois se apresenta como condição de vida digna para qualquer ser humano existente no Planeta.

### **2.1.3 Aspectos destacados da classificação dos direitos humanos/fundamentais**

Antes de se versar sobre algumas classificações dos direitos fundamentais, cabe mencionar a dificuldade se realizar tal tarefa, já que existem várias interpretações relacionadas ao tema, além das próprias exceções que cada método de classificação abarca.

Inicialmente, a classificação histórica da evolução dos direitos humanos, que está presente na linguagem da Organização das Nações Unidas, trata das *gerações de direitos*.<sup>342</sup> Estas *gerações*, ou *dimensões* dos direitos humanos representam grupos de direitos que são classificados de acordo com a seqüência de conquistas no âmbito jurídico, realizadas a partir da modernidade.<sup>343</sup>

De acordo com essa classificação, os direitos humanos de *primeira dimensão*, são os que contemplam os direitos civis e políticos. São aqueles resultantes da luta, que foi travada nos séculos XVII e XVIII, pela conquista dos direitos individuais ou de liberdade. São

---

<sup>342</sup> Sobre esse ponto, Mazzuoli comenta o seguinte: “O Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade, ativo combatente desta divisão dos direitos humanos em ‘gerações’, assim leciona: ‘A noção simplista das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da ‘sucessão geracional’ parecia supor, os direitos humanos não se ‘sucedem’ ou ‘substituem’ uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais (tendo estes últimos inclusive precedido os primeiros no plano internacional, a exemplo das primeiras convenções internacionais do trabalho.’” In: Mazzuoli, *op. cit.*, p. 57-58.

<sup>343</sup> Esclarece-se que o professor Ingo Wolfgang Sarlet opta pela expressão “dimensões” em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais”; já Norberto Bobbio utiliza a expressão “gerações” em “A era dos direitos”.

exemplos de documentos que representam esses direitos: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração dos Direitos do Estado da Virgínia de 1776.

O direito estabelecido nessas duas Declarações exprime a luta do povo, naquele momento histórico, contra a opressão sofrida por parte de seus governantes. Nessa ocasião, os direitos dos homens deixaram de ser concebidos somente como vontade divina; e os direitos de liberdade e de igualdade entre os homens passaram a representar os pilares daqueles documentos.<sup>344</sup> Assim, os direitos de primeira dimensão são caracterizados como *individualistas*, pois pretendiam defender os indivíduos em face do Estado absolutista, nesse contexto, a *liberdade* é vista como um pressuposto para o exercício de outros direitos previstos constitucionalmente.

Nestes termos, Schäfer destaca alguns elementos que caracterizam os direitos fundamentais de primeira dimensão, quais sejam: a liberdade como direito-chave; a omissão, como função do Estado; a eficácia vinculativa principal da norma com relação ao Estado; o direito individual como espécie de direito tutelado; e, por fim, a concepção política do Estado como Estado liberal.<sup>345</sup>

De outro vértice, os direitos humanos de *segunda dimensão*, também chamados de sócio-econômicos e culturais, surgiram do impacto da industrialização e dos problemas sociais e econômicos do século XIX. Assim, esta dimensão tem como marco inicial os primeiros setenta anos do século XX, como consequência do desenvolvimento da economia industrial e do proletariado, numa relação entre exploradores e explorados. Sobre esse ponto, Loche *et al* comentam que

Diante da pobreza e da expropriação que era imposta a esses trabalhadores, aqueles ideais de igualdade de direitos e de liberdade para todos passaram a ser questionados. Na realidade, havia uma distância muito grande entre os direitos humanos formalizados no papel e aqueles que eram vividos na realidade. Havia uma diferença muito grande entre os direitos formais e os direitos reais.<sup>346</sup>

Assim, os direitos humanos de segunda dimensão surgiram efetivamente ao longo do século XX, como reivindicação dos excluídos a participarem do bem-estar social, reivindicando, por exemplo, direitos relacionados ao trabalho, à saúde e à educação. Neste caso, exige-se uma postura positiva do Estado, a fim de que o mesmo promova as garantias e os direitos sociais. Cabe esclarecer que, como os direitos de primeira dimensão, os direitos

---

<sup>344</sup> LOCHE, Adriana *et al.* *Sociologia Jurídica: estudos de sociologia, direito e sociedade*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 88-89.

<sup>345</sup> Schäfer, *op. cit.*, p. 21.

<sup>346</sup> Loche, *op. cit.*, p. 89.

sociais se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos ou difusos da terceira dimensão.

Segundo Schäfer, os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de segunda geração são: a igualdade como direito-chave; a função promocional do Estado; a eficácia vinculativa principal da norma com relação ao Estado; a tutela do direito individual, com fortes traços de homogeneidade; além da concepção política de Estado como um Estado Contemporâneo ou Estado social.<sup>347</sup>

Finalmente, nesta classificação histórica dos direitos humanos há os direitos de *terceira dimensão*, também conhecidos como direitos de fraternidade ou solidariedade. Neste caso, cuida-se de direitos de titularidade coletiva e difusa (direito ao meio ambiente, à qualidade de vida), ou seja, direitos relativos aos grupos humanos, como a família, o povo, a nação, e a própria humanidade.<sup>348,349</sup> Estes direitos foram desenvolvidos no período pós Segunda Guerra Mundial, passando-se a reivindicar, não mais um direito puramente individual, mas um direito de titularidade coletiva e difusa.

A Constituição de 1988 estabeleceu, no *caput* do art. 225, o dever de preservação e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, representando uma tendência mundial de incorporação nas Cartas Políticas, dos direitos fundamentais de terceira dimensão. Isso se dá em razão da proliferação de novos direitos, que vêm atender às necessidades do mundo contemporâneo, e que devem obter uma resposta dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Essa proliferação de direitos, segundo Bobbio, ocorreu em função do aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela; além disso, foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; e também porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc.<sup>350</sup>

Os direitos humanos possuem um grande vínculo com o desenvolvimento da sociedade, na medida em que vêm para reivindicar um direito que corresponde a uma *nova*

---

<sup>347</sup> Schäfer, *op. cit.*, p. 30-31.

<sup>348</sup> Segundo Vieira, “Na perspectiva dos ‘novos movimentos sociais’, direitos de *terceira geração* seriam os relativos aos interesses difusos, como o direito ao meio ambiente e o direito ao consumidor, além dos direitos das mulheres, das crianças, das minorias étnicas, dos jovens, anciãos etc. Já se fala hoje de ‘direitos de quarta geração’, relativos à bioética, para impedir a destruição da vida e regular a criação de novas formas de vida em laboratório pela engenharia genética.” In: Vieira, L. *Cidadania e Globalização*. *Op. cit.* p. 23.

<sup>349</sup> Há quem fale, ainda, em direitos de quarta dimensão, que seria o resultado da globalização dos direitos fundamentais. São exemplos: o direito à democracia e à informação, assim como direito ao pluralismo.

<sup>350</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 68.

necessidade ou realidade, surgida com a evolução natural dos tempos. Nestes termos, Alves comenta que “as resistências teóricas e políticas à aceitação do direito ao desenvolvimento e dos demais direitos ‘de terceira geração’ se vinculam inextricavelmente às resistências encontradas ao reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, assim como a noção de que os direitos civis e políticos seriam de *realização imediata*, pela simples *inação ou prestação negativa*.”<sup>351</sup>

De acordo com Norberto Bobbio, os chamados direitos de *terceira geração* representariam uma categoria ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que dificultaria a compreensão do que efetivamente se trata. Contudo, o doutrinador italiano afirma que o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos, ou seja: “o direito de viver num ambiente não poluído.” O autor ainda observa que os direitos humanos são direitos históricos, por mais fundamentais que sejam, ou seja, são direitos nascidos de certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de forma gradual.<sup>352</sup>

Atualmente, sobretudo nos países em desenvolvimento, não somente os direitos humanos de terceira dimensão, mas os direitos mais básicos de primeira dimensão são reconhecidos constitucionalmente, mas de difícil aplicabilidade no plano dos fatos.

De outro vértice, a teoria sistêmica é incompatível com a classificação que trata das *dimensões* de direitos humanos, no sentido de uma escala hierárquica de direitos onde uns se sobrepõem aos outros. Aquela teoria estabelece a interdependência entre os direitos; e estes devem ser observados, de modo que o respeito a um direito potencialize a observância dos outros. Isso, sem dúvida, traria maior equilíbrio à sociedade, além de produzir um aumento da qualidade de vida da população no âmbito da organização social e da realização individual.

Nesse sentido, Miranda destaca que não existe uma terceira dimensão que se sobreponha ou substitua a dos direitos de liberdade e a dos direitos sociais. Na verdade, o que ocorre é um alargamento, ou um enriquecimento dos direitos fundamentais, ocasionado pelas transformações históricas, que leva à tutela de novos direitos, a fim de se proteger todas as pessoas e todas as dimensões das suas existências. Para ele, essa classificação que divide os direitos humanos em dimensões não reconhece a indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais; e geralmente isso ocorre em detrimento dos direitos

---

<sup>351</sup> Alves, *op. cit.*, p. 116.

<sup>352</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 5-6.

econômicos, sociais e culturais, ou do respeito dos direitos civis e políticos estabelecidos nos tratados.<sup>353</sup>

Por seu turno, Teixeira sustenta - tendo como referência as idéias de Sarlet – que, os termos “gerações” e “dimensões” indicam uma evolução; e, neste caso, há simplesmente uma discordância terminológica. Nesta evolução, as gerações seriam complementadas num processo cumulativo, não havendo a substituição de uma geração pela outra, pois cada geração representaria um momento histórico. Assim, segundo o autor, as gerações

São entendidas como formações sucessivas: as gerações mais recentes têm como pressuposto os ensinamentos das gerações anteriores. E evidente que uma não exclui a outra. Por exemplo, o direito de propriedade, que antes era considerado absoluto e excludente, hoje é exercido em consonância com a observação das funções social e ambiental dos bens ambientais.<sup>354</sup>

Por fim, cabe mencionar a crítica de Schäfer com ralação a este método de classificação, já que o autor considera discutível a validade dogmática desta teoria, em razão dela ignorar a estrutura característica de cada direito, utilizando-se apenas o momento histórico como fator exclusivo de classificação dos direitos fundamentais.<sup>355</sup>

Contudo, mesmo os aspectos históricos não são necessariamente respeitados, ou claramente delimitados, já que a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, - que representa um avanço em termos de direitos sociais (segunda dimensão) – se deu em 1919; e, em contrapartida, o Pacto sobre direitos civis e políticos de Nova Iorque nasceram em 1966 (representando direitos de primeira dimensão). Dessa forma, a teoria não faria muito sentido mesmo sob o aspecto histórico.

A despeito da importância de tais críticas, a classificação relativa às dimensões dos direitos fundamentais ainda guarda aspectos importantes no que afeta a alguns fatos históricos que marcaram ou concentraram a defesa de alguns tipos de direitos. Ressalta-se que a classificação de determinado tema ou direito, é um procedimento bem diferenciado, onde basta apenas mudar o critério classificatório para que se definam novos tipos a partir dele. Assim, as dimensões dos direitos fundamentais, oriundas de um processo histórico de conquista de direitos são importantes, mas insuficientes para se estudar da eficácia de tais direitos.

---

<sup>353</sup> MIRANDA, Jorge. *A Constituição e o Direito do Ambiente*. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1994. p. 356.

<sup>354</sup> TEIXEIRA, Orsi Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 76-77.

<sup>355</sup> Schäfer, *op. cit.*, p. 39-40.

Assim, cabe destacar uma outra classificação dos direitos fundamentais, elaborada por Robert Alexy, onde se leva em conta o *conteúdo* do direito, para a determinação dos tipos de normas aferidoras daqueles direitos. Assim, de acordo com a teoria em questão, os direitos fundamentais são divididos em dois grupos: 1) os direitos de defesa; e 2) os direitos prestacionais em sentido amplo. Estes se dividem em: a) direito à proteção; b) direitos à organização e procedimento; e c) direitos à prestação em sentido estrito.

Os direitos de defesa são aqueles que os indivíduos se valem contra as interferências do Estado, destacando-se, nesse caso, a liberdade pessoal e a propriedade. Tais direitos representam uma limitação ao poder do Estado, e uma valorização da autonomia individual, configurando-se como uma *defesa* com relação ao Estado, direitos negativos, no sentido deste ter o dever de respeitar determinados interesses individuais.

Apesar de os direitos de liberdade representarem também direitos individuais, muitos deles detêm uma dimensão social, como, *v.g.*, o direito de propriedade. Nestes termos, Kretz explica que a função social da propriedade estabelecida constitucionalmente apresenta-se de forma diversa daquele entendimento liberal, onde a propriedade detinha caráter egoístico. Assim, o fato de a propriedade possuir uma determinação social, se encontra afastada a dimensão exclusivamente individualista do direito correspondente a ela.<sup>356</sup>

Com relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, Santos sustenta que este direito combina características dos direitos de defesa, pois se desdobra no direito à vida; e características dos direitos a prestações, tendo como titular a comunidade. Tratar-se-ia, segundo o autor, de um direito fundamental, com aplicabilidade imediata, a teor do § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, não havendo a necessidade de regulamentação legislativa para a sua realização.<sup>357</sup>

De fato, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado requer que o Estado se abstenha de ações que se traduzam no aumento das degradações ambientais, configurando, dessa forma, um direito de defesa. Por outro lado, é dever do Estado - e da coletividade - a proteção ambiental, a fim de que as gerações presentes e futuras possam desfrutar de um meio salutar para viver, representando, deste modo, uma ação positiva do Estado e, por isso, um direito prestacional.

De outro vértice, o direito à prestação em sentido amplo, também denominado como direitos a ações positivas, são aqueles direitos que requerem uma ação do Estado para a

---

<sup>356</sup> Kretz, *op. cit.*, p. 72.

<sup>357</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais? *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 37, n. 147, p. 15-28, jul./set., 2000. p. 24.



concretização do direito fundamental. Cuida-se normalmente de direitos de segunda dimensão (direitos sociais), mas deve-se esclarecer que alguns direitos sociais podem ser classificados como direito de defesa.

O direito à prestação em sentido amplo divide-se em: a) direito à proteção como, por exemplo, a proteção contra atos de terceiros, proteção policial ou proteção normativa; b) direitos à organização e procedimento, que representam os procedimentos judiciais e administrativos para a defesa dos direitos fundamentais; e c) direitos à prestação em sentido estrito, que trata dos direitos econômicos, sociais, e culturais de forma específica.

O direito à proteção diz respeito às ações que o Estado deverá promover, com o propósito de conferir proteção jurídica concreta aos seus cidadãos. No que concerne aos direitos à organização e procedimento, estes podem ser representados pelo direito de acesso à justiça e ao direito à celeridade nos procedimentos judiciais, por exemplo. Trata-se de um direito fundamental que viabiliza a consecução de um Estado mais democrático e participativo. Já os direitos à prestação em sentido estrito são aqueles que, conforme os moldes do Estado Social, demandam prestações fáticas ou materiais a seus destinatários.

Em se tratando de direitos econômicos, sociais e culturais (que representam os direitos prestacionais em sentido estrito), Coimbra defende que o Estado que se empenha para realizar tais direitos não pode ser caracterizado como meramente assistencialista ou paternalista. Mas deve ser visualizado como um Estado do estar-digno, comprometido com a preservação da dignidade da pessoa humana de todos os seus membros e em todas as suas manifestações, pois, segundo o autor, a não realização daqueles direitos pode ser associada aos graves eventos da história da humanidade, como, por exemplo, a escravidão, o nazismo, os regimes autoritários e totalitários ou o racismo. Isso porque, em última instância, todos representam degradações à dignidade da pessoa humana.<sup>358</sup>

De acordo com Barcellos, a maior parte das normas constitucionais que trata dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana - sobretudo as que envolvem prestações positivas - assume a estrutura de normas-princípios, com fins relativamente indeterminados e/ou com meios para atingi-los variados. Além disso, haveria ainda a necessidade de uma análise sistemática, a fim de se posicionar a norma em si, ou seus efeitos, no contexto da

---

<sup>358</sup> COIMBRA, Marcelo Aguiar. O estado personalista de direito e a realização igualitária dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de *et al.* *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 507.

ordem jurídica como um todo. E é a partir dessa análise sistemática que será possível apurar sua eficácia jurídica.<sup>359</sup>

Na opinião de Sarlet, a aplicação de recursos públicos - normalmente exigida pela realização dos direitos prestacionais - deverá ser decidida precipuamente pelo legislador e, conseqüentemente, a norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, não poderá, no âmbito dos direitos sociais prestacionais, assumir uma dimensão de tudo ou nada, pois tal dispositivo teria o propósito de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais; mas, ao menos na esfera das condições existenciais mínimas, haveria um limite à liberdade de conformação do membro do órgão legislativo.<sup>360,361</sup>

Sarlet destaca que, no plano da eficácia dos direitos fundamentais, é importante se observar o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, tendo-se como limite o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, considerado como o fio condutor de toda a ordem constitucional, representando, ainda, a razão de ser desta ordem.<sup>362</sup>

Com relação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, existem duas orientações doutrinárias com relação à sua natureza. Uma é a teoria absoluta, defendida por Canotilho, que defende que o conteúdo essencial deve ser delimitado de forma abstrata, não podendo ter os seus limites ultrapassados, nem mesmo na hipótese da invasão justificar-se pela proteção a outros direitos fundamentais de mesmo nível hierárquico. Já a teoria relativa, defendida por Robert Alexy, preconiza que o núcleo essencial delinea-se à luz do caso concreto, por meio da ponderação de bens, reconduzindo, dessa forma, a proteção do núcleo fundamental ao próprio princípio da proporcionalidade.<sup>363</sup>

Sarmento sustenta que, no caso de dois direitos fundamentais contrapostos, o juiz deverá optar por um deles em detrimento do outro e, neste caso, a teoria absoluta criaria uma situação insustentável para o magistrado, que deverá flexibilizá-la ou proferir o reprovável *non liquet*.<sup>364</sup> Deste modo, o autor entende ser a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos

<sup>359</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 201-02.

<sup>360</sup> SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 322-23.

<sup>361</sup> No que tange à eficácia dos direitos fundamentais, Sarlet destaca “(...) o cunho principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º da CF, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz.” In: *Idem*, p. 377-78.

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 377-78.

<sup>363</sup> SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60-61.

<sup>364</sup> *Non liquet* significa o poder de o juiz não julgar por não saber como decidir. Isso não é permitido no Direito brasileiro.

fundamentais a mais correta, e a que melhor resolve as questões constitucionais mais complexas.<sup>365</sup>

A respeito do direito fundamental ao ambiente, para Gavião Filho, este consubstancia o direito fundamental a prestações. O autor trata da questão da vinculatividade/não-vinculatividade das normas, e entende que as disposições que consolidam os direitos fundamentais a prestações são vinculantes, já que as normas do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil vinculam os Poderes da União, e o que é normalmente discutível é a medida desta vinculação.<sup>366</sup> Por seu turno, Bello Filho afirma que

Toda a Constituição é inteiramente uma norma jurídica, e como norma jurídica que é não poderá conter elementos programáticos, abandonando a esfera do dever-ser que é de sua essência. A norma que advém do enunciado do artigo 225 joga a função dogmática de significado do texto. O enunciado é um enunciado deôntico, na medida em que estabelece o dever de defender e preservar o meio ambiente à coletividade e ao Poder Público. Dito de outra maneira, o enunciado normativo do artigo 225 estabelece algo que *deve ser o caso* e, portanto estabelece uma norma jurídica, que é um dever-ser.<sup>367</sup>

O autor ainda argumenta que

O fato de uma norma constitucional não possuir aplicabilidade imediata e possuir uma parcela de programaticidade não faz do enunciado constitucional um enunciado programático, na medida em que comandos normativos, que operam deônticamente e vinculam os poderes públicos e os particulares possuem eficácia restrita, e dependem de uma legislação infraconstitucional.

Para ele, “toda norma possui um âmbito de programaticidade na medida em que contém parte de um objetivo estabelecido pelo constituinte”; além do que “a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 é uma norma princípio e por esta razão possui um âmbito de programaticidade, embora não seja uma norma programática.” Todavia, a despeito da parcela de programaticidade do dispositivo em questão, esta norma mantém a sua vinculatividade e normatividade, o que caracteriza qualquer norma constitucional.<sup>368</sup>

Gavião Filho sustenta que a norma expressa no art. 225 da Constituição Federal configura um complexo de posições jurídicas em relação ao Estado e ao indivíduo. O direito fundamental ao ambiente visualizado como um todo integrado por um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, é decisiva para que este direito seja entendido como *direito a algo*. Isso quer dizer que o direito em questão deve ser reconhecido

---

<sup>365</sup> Idem, p. 62.

<sup>366</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 28-29.

<sup>367</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 234.

<sup>368</sup> Idem, p. 242-45.

como um *direito à prestação* (em sentido amplo), ou seja, um direito a uma ação do Estado. Assim reconhecido, este direito configuraria um direito à proteção, direito à organização e ao procedimento e direito à prestação em sentido estrito.<sup>369,370</sup>

O direito à proteção significa o impedimento normativo de que os indivíduos produzam danos ao ambiente como, por exemplo, por meio de estabelecimento de sanções penais, civis ou administrativas, a fim de que o comportamento social obedeça a um padrão estabelecido pela norma, com o propósito de proteger e manter a qualidade do meio ambiente.

Conforme Gavião Filho, teoricamente existiria, de um lado, o direito fundamental ao ambiente representando um mandamento a ser otimizado de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas; de outro lado, haveria os princípios que normalmente lhe são opostos quando se objetiva a realização de prestações em sentido estrito como, *v.g.*, os princípios da divisão das funções estatais e da disponibilidade orçamentária. Contudo, os interesses em jogo estão abstratamente no mesmo nível, devendo se resolver a questão conforme o peso de cada um diante das circunstâncias ou razões do caso concreto, que justifiquem a prevalência do direito fundamental ao ambiente em relação a outros princípios.<sup>371</sup>

Nestes termos, deve-se verificar se a prestação em sentido estrito pretendida é conteúdo de uma posição fundamental jurídica *prima facie* do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, em seguida, deve-se verificar as normas restrições àquele direito presentes no ordenamento jurídico e, ao final, se aplicar o princípio da proporcionalidade.

Bello Filho entende o direito fundamental ao ambiente como um “direito fundamental como um todo”, em razão dele operar na quadratura dogmática como um direito de defesa; um direito a prestações; como um direito a igualdade; e como um direito a um procedimento. Por isso, tal direito se realizaria de diversas formas, ou seja, por meio de políticas públicas do Estado, pela inação do Estado, em respeito ao direito de viver em uma

---

<sup>369</sup> Gavião Filho, *op. cit.*, p. 47-52.

<sup>370</sup> Destaque-se que os principais obstáculos ao reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* (à primeira vista) a prestações em sentido estrito são as seguintes: a) diz-se que somente os direitos fundamentais de liberdade podem configurar pretensões jurídicas concretas, e o direito ao meio ambiente deve ser visto como um mandamento constitucional dirigido ao legislador e à administração; b) o direito em questão ainda é considerado um *fin* do Estado, e apenas após a atuação do legislador é que se poderia pensar em alguma posição fundamental jurídica definitiva a uma prestação em sentido estrito como decorrência do direito fundamental ao ambiente; c) há ainda o princípio da disponibilidade orçamentária e o problema do custo dos direitos, ou seja, pela inexistência de recursos financeiros necessários à execução das ações materiais requeridas; d) argumenta-se que as normas do direito fundamental ao ambiente não contêm elementos normativos suficientes à especificação prévia dos comportamentos e das ações materiais que devem ser realizadas; e) diz-se, ainda que a configuração de uma posição fundamental jurídica a uma prestação em sentido estrito do direito fundamental ao ambiente implicaria violação ao princípio da divisão dos Poderes. In: Idem, p. 149-51.

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 194-96.

sociedade ambientalmente equilibrada; através da realização da igualdade. Porém, o autor destaca que se trata de um direito não absoluto, que pode entrar em colisão com outros direitos fundamentais.<sup>372</sup> Nestes termos, ele afirma que

Um direito fundamental na pós-modernidade será, necessariamente, um direito que possa substituir a velha equação vertical – Estado/cidadão – por uma nova expressão: A relação hipersuficiente-hipossuficiente. O mercado neoliberal, o setor privado do globalismo exerce sobre a sociedade força maior que o Estado da modernidade exercia.<sup>373</sup>

O autor vê no discurso jurídico fundamental “uma hipótese de defesa do homem pós-moderno frente às esferas fragmentadas e fragmentárias de controle da sociedade que agridem o ambiente, tornando-o um instrumento de obtenção de lucros virtuais.”<sup>374</sup>

Assim, a norma de direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado seria uma norma de direito fundamental estabelecida formal e materialmente pelo artigo 225 da Carta Magna. Tal norma realizar-se-ia como uma garantia contra-majoritária que impede modificações em sua amplitude através do constituinte derivado. Para o autor, a norma do artigo 225 da Carta Magna expressa uma norma de direito fundamental de eficácia objetiva e subjetiva, pois, impõe deveres e direitos. Essa norma estabeleceria, então, deveres ambientais autônomos, concretos e difusos; e deveres fundamentais ambientais, decorrentes da norma de direito fundamental ao ambiente; além disso, ela atribuiria um direito fundamental ao ambiente a todas as pessoas, observando-se que as gerações futuras não possuem direito fundamental ao ambiente, mas somente interesse jurídico na preservação do mesmo.<sup>375</sup>

Quanto ao fato de o princípio da separação dos Poderes representar um *impedimento* ao deferimento, pelo Poder Judiciário, de prestações positivas devidas pelo Poder Público, deve-se destacar que aquele princípio não é absoluto em si mesmo, e devem ser excepcionados sobretudo quando for afetada a dignidade humana, sendo que a análise deverá ser realizada no âmbito do caso concreto. Deve-se atribuir eficácia jurídica, pelo menos ao mínimo existencial, reconhecendo-se legitimidade ao Poder Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação.

Contudo, Torres argumenta que o fato de que alguns autores brasileiros terem reduzido os direitos sociais aos mínimos sociais, sem lhes estender a eficácia própria dos direitos humanos, enfraqueceu a possibilidade de sua plena afirmação. E, além disso, as

---

<sup>372</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 354-57.

<sup>373</sup> *Idem*, p. 358.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 356.

<sup>375</sup> *Ibidem*, p. 460-61.

prestações positivas para o apoio aos direitos sociais não são obrigatórias, já que derivam da idéia de justiça, enquanto que o *status positivus libertatis* gera a obrigatoriedade das prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais. Para o autor, o *status positivus socialis* se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, sob a reserva do possível ou conforme autorização orçamentária.<sup>376</sup>

O fato é que o descumprimento de normas de caráter programático é de difícil sancionamento, já que tais normas estão inseridas no âmbito discricionário dos governos. Assim, os direitos econômicos, sociais e culturais acabam por fazer parte de discursos retóricos e leis vazias, como se não fossem verdadeiros direitos. Além disso, essa fragmentação existente constitucionalmente com relação às categorias de direitos, acaba por afetar o princípio maior a ser preservado que é o da dignidade humana, que deveria representar a razão de existência do próprio ordenamento jurídico.

Sobre esse ponto, Nascimento *et al* comentam que a Constituição Federal de 1988 garante os direitos humanos apenas no seu aspecto formal, e que, infelizmente, em nossa sociedade neoliberal o que rege o mercado é o capital; e as necessidades humanas coletivas restam em segundo plano. Para os autores, a democracia associada à economia de mercado é incapaz de conferir a garantia dos direitos humanos fundamentais para grande parte da população, em face do paradoxo existente entre regulação e exclusão, sobretudo com relação aos mais pobres.<sup>377</sup>

Por seu turno, Bello Filho destaca a inobservância das normas programáticas pelos tribunais; e esta ausência de juridicidade faz com que a própria vinculatividade de condutas à norma seja afastada. Tais normas são consideradas de eficácia limitada, pois necessitam de regulamentação jurídica para surtirem os efeitos e operarem com normatividade. Porém, para o autor, uma norma constitucional programática não se adequa às tendências contemporâneas da Teoria da Constituição, já que a normatividade – no sentido de vinculação dos Poderes Públicos e da coletividade ao seu cumprimento – representa a característica fundamental de um mandamento constitucional, e é isso que justifica um papel hierarquicamente superior para a Constituição, representando o próprio princípio da supremacia da Constituição.<sup>378</sup>

De acordo com Rego, a garantia formal de direitos enfraquece ou anula os processos democráticos. Conforme a autora,

---

<sup>376</sup> Torres, R.L. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. *Op. cit.*, p. 293-97.

<sup>377</sup> Nascimento *et al*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>378</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 235-41.

[...], esse fato é característico de sociedades onde os indivíduos carecem dos mais básicos direitos como, por exemplo, educação, saúde, moradia etc., sendo facilmente controlados ou manipulados pela propaganda, pela mídia e por discursos baseados em demagogia, sendo espoliados por políticos que gerenciam o Estado em favor de determinados grupos e não do interesse comum.<sup>379</sup>

Na medida em que a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado representa uma tarefa e um objetivo do Estado, além de uma obrigação para os indivíduos, a fim de se garantir o direito fundamental formalmente reconhecido – o direito fundamental à proteção do meio ambiente apresenta-se como um direito e um dever, ou seja: um direito complexo, que comporta uma função defensiva e outra prestacional. Nestes termos, Teixeira esclarece que a *dimensão subjetiva* do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se traduz na pretensão individual e transindividual de sua proteção. Em sua *dimensão coletiva*, tal direito também deve ser protegido, incluindo-se como objeto dessa proteção tanto a ação e a omissão, quanto as atividades que criem situações de risco ou potencialidade do dano ao meio ambiente.<sup>380</sup>

Ademais, Teixeira ainda sustenta que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado teria a sua *dimensão objetiva*, já que se propõe à conservação do equilíbrio ambiental (natureza plurissubjetiva do bem jurídico tutelado), cujo destinatário da norma, o Poder Público, tem o dever fundamental de defender o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. O fundamento residiria no fato do direito em questão conferir maior relevância ao seu objeto, ou seja: a qualidade ambiental é privilegiada em detrimento dos poderes e faculdades dos indivíduos, e isso se realizaria por meio do poder de polícia, que possibilita a intervenção na esfera econômica, a fim de se fiscalizar/regulamentar as atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras.<sup>381</sup>

Bello filho assinala que os deveres constitucionais ambientais não representam posições jurídicas subjetivas, porém são deveres impositivos vinculantes, de cumprimento obrigatório pelo Estado e pela sociedade, constituindo-se em deveres públicos e privados. Assim, o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil denota norma de justiciabilidade diferida (efeito diferido ou reflexo que mediatamente protege outro direito do autor e diretamente um interesse), ou seja, tais espécies de normas

<sup>379</sup> REGO, Walquiria D. Leão. MÍDIA. *A oligarquização dos meios de comunicação coloca em risco a cidadania e ameaça os pilares de uma sociedade pluralista e civilizada*. Revista Carta Capital de 2 de novembro de 2005. p. 36.

<sup>380</sup> TEIXEIRA, Orsi Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 91.

<sup>381</sup> Idem, p. 91-92.

[...] permitem uma atuação judicial no sentido de declarar a inconstitucionalidade do não cumprimento de um dever, e a abusividade da omissão. O dever constitucional ambiental pode estar endereçado ao administrador, ao legislador ou ao juiz. A omissão legislativa e a omissão administrativa desafiam medida judicial de controle de constitucionalidade por omissão.<sup>382</sup>

Nestes termos, o autor afirma que

As normas ofensivas ao artigo 225 da Constituição desafiam ADIN e os atos administrativos normativos ofensivos ao ambiente também, uma vez que os deveres constitucionais ambientais possuem vinculatividade. A justiciabilidade é diferida na medida em que ela não se exercita pela subjetividade, mas de forma indireta. A vinculatividade permite a justiciabilidade, independentemente da existência, ou não de um direito subjetivo. Desta forma, os deveres ambientais, que exararam interesses ambientais, mas não direitos subjetivos, podem ser protegidos judicialmente.<sup>383</sup>

Nesse sentido, a concretização dos direitos e deveres estabelecidos formalmente na Constituição precisa ser respeitada. As normas de direitos fundamentais estabelecidas constitucionalmente são mais claras e objetivas do que pretende alguns doutrinadores e, por isso, estão aptas a ser cumpridas para que adquiram a eficácia no plano dos fatos e atuem como contribuinte de um desenvolvimento da sociedade, no sentido de que os seus integrantes tenham a sua dignidade respeitada sob os vários aspectos, mediante a realização de direitos garantidos formalmente.

Todavia, a concretização dos direitos fundamentais não é tarefa exclusiva do Poder Judiciário. O Legislativo e o Executivo - este, sobretudo na sua função fiscalizatória - também devem exercer as suas competências a fim de realizar aquele propósito. Sobre esse ponto, Sarmiento defende que não se pode atribuir ao Judiciário hipóteses que envolvam *escolhas dramáticas*, pois este Poder não está legitimado pelo voto para tomar tais opções. O autor argumenta que a própria concepção dos direitos fundamentais deve excluir a visão autoritária de um único intérprete autorizado a fazer opções maniqueístas, nos moldes do *tudo ou nada* ou do *certo e errado*. Assim, dever-se-ia destacar os direitos relacionados com a democracia como a informação e o pluralismo, por exemplo; e se deixar a opção política preferencialmente para o Legislativo e Executivo, e o controle da razoabilidade para o Judiciário.<sup>384</sup>

Contudo, entende-se que o magistrado deverá decidir, no âmbito do caso concreto, a respeito da concretização dos direitos e, especialmente, acerca dos direitos fundamentais. Estes devem ser privilegiados – e já o são, material e formalmente – e quando entrarem em

<sup>382</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 392-93.

<sup>383</sup> Idem, p. 393.

<sup>384</sup> Sarmiento, *op. cit.*, p. 116-18.



colisão deverá ser realizada a técnica de ponderação, a fim de se identificar qual dos direitos representa, com maior propriedade, o princípio da dignidade da pessoa humana, em dada ocasião.

Ressalta-se que, independentemente das classificações atribuídas aos direitos fundamentais, deve-se sempre procurar o motivo pelo qual tais direitos são distinguidos pela *fundamentalidade*. Destaque-se que tais direitos devem formar uma unidade, ou aproximar-se ao máximo desta, para que sejam eficazes, isso em razão da interdependência existente entre eles.

A respeito da classificação aferida àqueles direitos, Pegoraro entende que ela só se justifica se for reconhecida a ruptura das categorias clássicas do Estado liberal, e se centralize na proteção da pessoa humana, para que as condições reais desta sejam atendidas, e aqueles direitos adquiririam uma dimensão objetiva, e não mais subjetiva ou abstrata. Nestes termos, o Estado deve garantir a força vinculante dos direitos fundamentais também às relações privadas; e, além disso, o Estado-juiz deve orientar a sua interpretação sob a óptica destes direitos.<sup>385</sup>

De acordo com Coimbra, a dignidade da pessoa humana está no núcleo material irreduzível da Constituição, sendo decisão *iusconstitucional* básica e, em razão disso, goza de uma força normativa máxima. Segundo o autor, cuida-se de mandato constitucional juridicamente vinculativo em seu grau extremo, e deve ser levado a sério e colocado em aplicação, partindo da abstração para a vivência sociológica.<sup>386</sup>

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana sempre deverá servir de bússola para orientar a atuação dos profissionais do Direito, para que os direitos fundamentais possam ser perseguidos com vistas a se desenvolver uma sociedade mais justa e igualitária, a fim de que a convivência humana no âmbito da sociedade brasileira seja baseada no respeito àquele princípio, num ambiente verdadeiramente democrático e ecologicamente equilibrado.

Finalmente, esclarece-se que o princípio da dignidade da pessoa humana pode se desdobrar em vários outros princípios, ou vários tipos de direitos fundamentais, causando um problema para o julgador, no caso concreto, em razão do que se costuma chamar de *colisão de direitos*, assunto que se tratará no próximo subitem.

---

<sup>385</sup> Pegoraro, *op. cit.*, p. 458.

<sup>386</sup> Coimbra, *op. cit.*, p. 501.

## 2.2 A colisão de direitos em face da interdependência dos direitos fundamentais: Um desafio pós-moderno

Dentro da classificação histórica da evolução dos direitos humanos, existe um problema de grande relevância para o tema aqui proposto que é a hierarquização de tais direitos. O fato é que os direitos estabelecidos nas declarações de direitos humanos, ou mesmo nas constituições dos Estados podem se tornar incompatíveis. Assim, o cumprimento de um direito pode inviabilizar o cumprimento de outro teoricamente estabelecido no mesmo nível de proteção. Nesse contexto, sempre um direito prevalecerá a despeito de um outro direito da mesma espécie (direitos humanos/fundamentais), configurando uma hierarquia de direitos.

Sobre esse assunto, Bobbio comenta que, além de mal definível e variável, o conjunto dos direitos do homem é heterogêneo. Existem aqueles direitos que valem para todos os homens, como é o caso de não ser torturado, mas, segundo o autor, esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais.<sup>387</sup>

Mas são bem poucos os direitos fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos da mesma espécie, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Nestes termos, Bobbio conclui que “não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas.”<sup>388</sup>

O problema da hierarquização dos direitos humanos está no fato de que, quando o fenômeno ocorre, há que se privilegiar um direito em detrimento de outro. Neste caso, quando se trata de relações pessoais (relações de poder), há o grande e evidente perigo de que justamente aqueles que necessitam que o seu direito seja tutelado sejam relegados a um segundo plano, em detrimento de outro indivíduo que, por algum motivo (normalmente de ordem econômica), pôde fazer valer o seu direito.

Pode-se exemplificar, inclusive, com relação ao direito ao meio ambiente equilibrado. Este pode ser facilmente ameaçado pelas liberdades e garantias atribuídas ao indivíduo. Neste caso, não raro o Estado privilegia a iniciativa privada (liberdades individuais), em detrimento do interesse público (proteção de bens públicos com fins de promoção da qualidade de vida da população em geral).

---

<sup>387</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 20.

<sup>388</sup> Idem.

Proner destaca que a Declaração de Direitos Humanos, por exemplo, representa um conjunto de direitos que não pode ser entendido como um puro somatório de direitos independentes, mas como um conjunto de princípios que podem se tornar incompatíveis, no sentido de que o cumprimento de um direito pode inviabilizar a realização de outro.<sup>389</sup>

Bobbio explica que as declarações de direitos do Homem compreendem os direitos individuais tradicionais, que consistem em *liberdades*, e direitos sociais, que consiste em *poderes*. Os primeiros exigem da parte dos outros obrigações negativas, ou seja, a abstenção de determinados comportamentos; já os direitos sociais podem ser realizados por meio de obrigações positivas. Neste caso, o doutrinador italiano afirma que os direitos individuais e sociais são antinômicos, pois o desenvolvimento de ambos não pode dar paralelamente, já que a realização integral de uns impede a realização integral de outros; ou o aumento dos poderes dos indivíduos, diminui as liberdades dos mesmos indivíduos.<sup>390</sup>

Rosert Alexy entende que a solução para o problema da colisão depende da decisão se os direitos fundamentais possuem caráter de normas ou princípios. Neste caso, o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação, já que esta pressupõe que as normas em jogo nesse processo têm mesma estrutura. E as regras, segundo o autor, seriam normas que só podem ser cumpridas ou não cumpridas, pois quando se trata de uma regra válida, esta representa um mandamento definitivo, e a sua forma de aplicação não é a ponderação, mas a subsunção.<sup>391,392</sup>

A *lei de colisão* de Robert Alexy estabelece a *ponderação* como técnica adequada para a solução dos conflitos entre princípios. Nestes termos, Dantas comenta que a referida lei apresenta-se como um dos fundamentos da teoria dos princípios, onde estes são considerados determinações de otimização; não havendo hierarquia absoluta de precedência entre os mesmos. Assim, para Alexy, os conflitos entre princípios devem ser resolvidos no plano dos valores, ao contrário das regras em que o problema resolve-se no âmbito da validade.<sup>393</sup>

---

<sup>389</sup> Proner, *op. cit.*, p. 58-59.

<sup>390</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 21.

<sup>391</sup> ALEXY, Rosert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set., 1999. p. 75.

<sup>392</sup> O autor ainda destaca que a ponderação possui três fases: uma *primeira fase* de determinação da intensidade da intervenção; uma *segunda fase* que trata da importância das razões que justificam a intervenção; e uma *terceira fase* onde se realiza a própria ponderação. Nestes termos, a teoria dos princípios estruturaria racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais, e ainda possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. Já a teoria das regras admite apenas a validade ou não-validade. Alexy comenta que em constituições com numerosos direitos fundamentais sociais, como é o caso da Constituição brasileira, existe uma forte pressão para se declarar as normas que não se deixam cumprir completamente como normas não-vinculativas, ou seja, como meros princípios programáticos. In: Idem, p. 77-78.

<sup>393</sup> DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2005. p. 72.

Neste caso, Schäfer explica que a ponderação realiza-se entre todos os princípios constitucionais, considerando-se as circunstâncias jurídicas, sociais e econômicas. O autor defende a técnica de ponderação de valores na solução de conflito entre normas constitucionais a cada caso concreto, primando-se pela não hierarquização abstrata entre os direitos constitucionalmente estabelecidos, pois tal hierarquização conduziria à absolutização de alguns direitos em detrimento de outros.<sup>394</sup>

Schäfer ainda esclarece que, em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade significa a proibição do excesso; e que as restrições a direitos podem ser realizadas apenas em casos de estrita necessidade para preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. E, nesse contexto, o Poder Público deve agir na busca do interesse público, pois a finalidade, ao contrário da vontade, é que preside a ação da autoridade pública. Além disso, segundo ele, o legislador deve escolher a limitação que imponha menor ofensa ao direito objeto da restrição.<sup>395</sup>

De acordo com Dantas, não existe norma no ordenamento jurídico brasileiro que defina como se devem sopesar princípios em conflito, por isso, a ponderação não é regulada por princípios jurídicos, mas por princípios morais que, em última análise, são utilizados nas valorações realizadas pelos juízes, num processo que faz parte do sistema de fontes e, conseqüentemente, do sistema jurídico.<sup>396</sup> Para Negreiros, é diante de um caso concreto que se poderá realizar a ponderação de dois princípios concorrentes, mas isso não deverá ofuscar a necessária função interpretativa que os princípios exercem para a manutenção da unidade do sistema e da sua adequação valorativa. Assim, estar-se-ia conferindo uma solução à luz de todo o ordenamento jurídico, numa ponderação valorativa ou, mais especificamente, teleológica.<sup>397</sup>

Sarmiento - quando trata da hierarquia dinâmica relativa aos princípios constitucionais - observa que, segundo esta, todas as regras e princípios estabelecidos na Constituição subsistem no ordenamento jurídico, ainda que potencialmente conflituosos entre si. As conseqüências da hierarquização emergiriam apenas no momento de decisão do caso concreto, oportunidade em que o contraste entre normas da Constituição se evidencia.<sup>398</sup> Contudo, o autor entende que a aplicação da teoria da hierarquia dinâmica assenta-se em bases teóricas frágeis, pois acarreta, na prática, o amesquinamento dos princípios

---

<sup>394</sup> Schäfer, *op. cit.*, p. 25-26.

<sup>395</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>396</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>397</sup> NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 351-54.

<sup>398</sup> Sarmiento, *op. cit.*, p. 47.

constitucionais reputados de hierarquia inferior, destituindo-os de efetividade, retirando-lhes a eficácia, sempre que confrontados com outros que, por meio da atuação do intérprete, sejam considerados hierarquicamente superiores.<sup>399</sup>

Por seu turno, Reis informa que atualmente tem prevalecido a tese da unidade da Constituição, e que não há conflito de normas constitucionais, já que suas normas devem ser interpretadas no sentido de compatibilizá-las com o sistema, resolvendo suas tensões e contradições, que podem sempre ser sanadas pela atividade do intérprete, ponderando-se os bens e valores nela protegidos.<sup>400</sup> Isso vai ao encontro da definição de norma jurídica como um juízo (ou pensamento) que se forma na mente, a partir da leitura do texto positivo; e que em um só texto poderá ter diferentes significações, de acordo com as diferenciadas noções do sujeito cognoscente.<sup>401</sup>

Bello Filho assinala que a horizontalidade dos direitos fundamentais representa uma conquista dos direitos públicos sobre os direitos privados. O autor comenta que, na pós-modernidade, o cidadão não é frágil como outrora, nem o Estado é tão forte como outros entes privados que ocupam lugar de destaque na sociedade atual. Nestes termos, houve uma *inversão de papéis* onde o *público resta privatizado e o privado se publiciza*. Segundo ele, esse fato foi transposto para o Direito por meio da horizontalização de relações jurídicas, anteriormente verticais.<sup>402</sup>

Assim, Bello Filho entende que princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e o da liberdade devem condicionar a autonomia privada, valorizando-se o senso coletivo, num processo de “leitura dos parâmetros privados e econômicos a partir de princípios e valores não patrimoniais encartados no texto constitucional.” Por outro lado, a não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais brindaria “um individualismo e latente no liberalismo político e cada vez mais desenvolvido pelo liberalismo econômico” e que, segundo o autor, tornou-se a tônica da pós-modernidade. Contudo, seria dever do Estado não tolerar atividades contrárias aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.<sup>403</sup> O autor afirma que

Ao se admitir a eficácia horizontal deste direito fundamental insculpido no artigo 225, admite-se a possibilidade de todos os particulares – dotados de subjetividade

---

<sup>399</sup> Idem, p. 47-48.

<sup>400</sup> REIS, Márcio Monteiro. Moral e Direito: A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Perces-Barba e Dworkin. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 151.

<sup>401</sup> DALLAZEM, Dalton Luiz. A declaração de inconstitucionalidade e a validade, a vigência, o vigor e a eficácia da norma jurídica. *Revista de Estudos Tributários*. Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 127-41, mar./abr., 2004. p. 129-30.

<sup>402</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 423-24.

<sup>403</sup> Idem, p. 424-32.

que lhes é atribuída pelo referido dispositivo, moverem ações judiciais contra outros particulares, na defesa de seu direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.<sup>404</sup>

Para ele, a eficácia perante terceiros (horizontal) transforma o direito fundamental ao ambiente num direito de eficácia mais ampla, devendo ser obedecido pelos particulares, podendo ser cobrada a sua compulsoriamente judicialmente.<sup>405</sup>

Com relação à dicotomia entre interesse público e interesse privado, o moderno quadro civil-constitucional aponta para um diagnóstico de inoperância da contraposição daqueles dois conceitos. No Brasil, com um ordenamento jurídico em que se tem a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, pretende o texto constitucional um desenvolvimento sócio-econômico onde o indivíduo e a sociedade como um todo coexistam de forma solidária. Nesse sentido, Negreiros afirma que os interesses, sejam públicos ou privados, não devem ser tomados como critério para a resolução de conflitos entre princípios, pois os direitos fundamentais do Homem têm como base a dignidade da pessoa humana, e esta consubstancia princípios que ora têm o predomínio da dimensão individual, ora da dimensão social da pessoa, sem que uma e outra possam, em tese e abstratamente, ser relacionadas hierarquicamente.<sup>406</sup>

Assim, Negreiros comenta que a tutela da pessoa humana deve ser realizada por meio de uma coordenação normativa sistemática e aberta, a fim de que seja especificado, no caso concreto, sem que haja a prevalência absoluta entre o público e o privado, já que, para a autora

A estruturação valorativa do sistema jurídico, orientado teleologicamente em função da tutela da pessoa humana, importa a superação do individualismo, sim, mas não a substituição deste por um coletivismo ou um estatismo totalitários igualmente inconciliáveis com a proteção da dignidade dos sujeitos sociais.<sup>407</sup>

De fato, a colisão entre princípios é inerente à complexidade do fenômeno jurídico e representa uma característica inevitável do mesmo. Isso reflete a diversidade existente no meio social que é transposta para o âmbito jurídico, e é neste âmbito que se deve, por meio da análise do caso concreto, e sob a luz do princípio da razoabilidade, deve-se resolver o conflito normativo.

No que concerne ao momento da interpretação das normas jurídicas, Mirra esclarece que - no caso da interpretação de uma regra jurídica resultar na contradição com um

---

<sup>404</sup> Ibidem, p. 449.

<sup>405</sup> Ibidem, p. 450.

<sup>406</sup> Negreiros, *op. cit.*, p. 370.

<sup>407</sup> Idem, p. 377-78.

princípio - tal interpretação será incorreta e deverá ser afastada, já que se dada regra admitir mais de uma interpretação, deverá prevalecer como válida aquela que melhor se compatibilizar com os princípios. Além disso, diante da hipótese de ausência de uma regra específica para regular uma situação determinada (lacuna), esta deverá ser completada de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios.<sup>408</sup>

Mirra fundamenta a sua idéia no entendimento de que os princípios cumprem a função de “definir e cristalizar determinados valores sociais, que passam, então, a ser vinculantes para toda atividade de interpretação e aplicação do Direito.”<sup>409,410</sup> Cabe destacar, aqui, que o princípio da dignidade da pessoa humana é - a partir das declarações de direitos do século XVIII e, sobretudo, das declarações e constituições nascidas após as duas Grandes Guerras – o princípio basilar dos Poderes dos Estados, ou seja: do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Tratando-se das restrições que poderão se impostas aos direitos fundamentais, Kretz<sup>411</sup> destaca a classificação de Canotilho, que preconiza a existência de restrições constitucionais diretas ou imediatas, expressamente positivadas na Carta Maior, impondo a amplitude do direito fundamental, ou as condições de seu exercício e suas possíveis limitações, como, por exemplo, o estabelecido no art. 5º, inciso XXII c/c art. 5º, inciso XXIII (função social da propriedade), e art. 225, *caput* (meio ambiente ecologicamente equilibrado), da Constituição Federal brasileira.

Além das restrições constitucionais diretas, há as restrições estabelecidas por lei (reserva da lei). Aqui, as limitações podem vir tanto da Lei Maior, quanto do legislador ordinário, quando este poder lhe é outorgado pela Constituição, como, por exemplo, o estabelecido no art. 5º, inciso II, que trata da liberdade de ação, mas que prevê possível restrição em *virtude de lei* etc. E, por último, ainda existem as restrições constitucionais não escritas ou limites imanescentes, limitação esta onde se deve obedecer a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo que um direito fundamental não anule o outro, promovendo-se uma coordenação proporcional de direitos fundamentais.

De forma genérica, Novais afirma que a *restrição* pode ser definida como a

<sup>408</sup> Mirra, A. L. V. *Princípios fundamentais do direito ambiental*. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>409</sup> *Idem*, p. 102.

<sup>410</sup> De acordo com Mirra, “Na realidade, as Declarações Internacionais constituem atualmente importante método de cristalização de novos conceitos e princípios gerais e, uma vez adotadas, passam a influenciar toda a formulação subsequente do Direito, seja no plano internacional, seja no plano da ordem jurídica interna. Daí a razão de se afirmar que, apesar de não mandatários - para utilizar a terminologia do Direito Internacional - os princípios emanados da Declaração de Estocolmo de 1972 e da Declaração do Rio de 1992 não podem ser ignorados pelos países, no âmbito internacional, e nem desconsiderados pelos legisladores, pelos administradores públicos e pelos tribunais, no âmbito da ordem jurídica interna.” In: *Ibidem*, p. 103-04.

<sup>411</sup> Kretz, *op. cit.*, p. 76-81.

Acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado.<sup>412</sup>

Dantas explica que as restrições a direitos fundamentais nascem a partir de decisão judicial em situações de colisão com outros direitos ou princípios constitucionais. Segundo o autor, os direitos fundamentais expressam-se em grande parte por *princípios*, daí a importância do critério da proporcionalidade na esfera do subsistema constitucional daqueles direitos.<sup>413</sup>

Nos Estados Unidos, a Constituição proíbe expressamente qualquer restrição não prevista, e a ponderação de bens opera-se pela *standardização* dos procedimentos de controle, e pela cristalização tendencial dos seus resultados em regras de aplicação geral e abstrata. Já na Alemanha existe o controle da atuação restritiva estatal por meio dos chamados limites aos *limites dos direitos fundamentais* (*Schrankenschränke*), designadamente o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, por meio do recurso à ponderação de bens.<sup>414</sup> Nos dois países recorre-se à técnica de ponderação de bens. Contudo, esse procedimento difere-se na forma de processamento de tais ponderações.

Assim, o balanceamento (*balancing*) ou ponderação (*abwägung*) como estratégia na concretização das normas constitucionais surge, segundo Dantas, de uma tríplice contingência:

a) a necessidade de resolver “casos de tensão” entre direitos fundamentais ou outros valores constitucionalmente protegidos; b) a inexistência de ordenação *in abstracto* de bens e valores protegidos pela Lei Maior; c) a estrutura típica de grande parte das normas de Direito Constitucional (sobretudo aquelas que albergam direitos fundamentais) que não possibilitam aplicação por simples “subsunção”.<sup>415</sup>

Para Bello Filho, não existe uma supremacia do direito fundamental ao ambiente, no processo de ponderação entre este e outros direitos fundamentais. Segundo o autor,

A admissão da aplicabilidade imediata do direito fundamental ao ambiente sobre as relações privadas permite igualar o valor constitucional da liberdade, ao valor constitucional da preservação ambiental, deixando para o legislador a ponderação de tais direitos e valores, e ao aplicador do direito a análise, nos casos concretos do

<sup>412</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 155-57.

<sup>413</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. *Op. cit.*, p. 276.

<sup>414</sup> Novais, *op. cit.*, p. 642-43.

<sup>415</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. *Op. cit.*, p. 279.



momento em que a preservação ambiental deva ceder um pouco, e o momento em que o desenvolvimento depredador deva deixar de existir.<sup>416</sup>

De acordo com Bello filho, os direitos fundamentais formam um sistema aberto à moral e aos conteúdos teóricos filosóficos da sociedade. Para ele

Toda atividade de ponderação, e de aplicação do princípio da proporcionalidade pressupõe a utilização de conteúdos da dimensão normativa da dogmática e que conduzem a uma densificação não apenas do princípio da preservação ambiental e do direito fundamental ao ambiente, mas também da liberdade, da igualdade e do livre desenvolvimento da personalidade.<sup>417</sup>

O autor ainda afirma a possibilidade de desigualdade nas relações privadas, num desequilíbrio entre, de um lado, pessoas privadas (normalmente grandes empresas), seguidoras do paradigma neoliberal; e de outro, pessoas físicas que objetivam viver num ambiente salutar. Cuida-se de uma desarmonia estabelecida entre os entes privados, consequência do aumento do poder de setores do espaço privado que se tornam mais poderosos que o próprio Estado, característica da pós-modernidade. Segundo ele, a ponderação do direito fundamental ao ambiente em igualdade de condições com o direito à liberdade e ao livre desenvolvimento - garantindo-se que este direito possa ser utilizado entre particulares fortes e fracos – atribui à ponderação a tarefa de proporcionalizar, com razoabilidade, todos os elementos constitutivos do mundo pós-moderno.<sup>418</sup>

Novais sustenta que as restrições implicitamente autorizadas também têm de preencher os requisitos constitucionais, exigidos para as demais restrições aos direitos fundamentais. Por isso, devem-se observar os chamados *limites aos limites* dos direitos fundamentais, mesmo que estes não possam fornecer o grau de objetivização e estruturação racional dos procedimentos de ponderação, há sempre, no processo de controle da constitucionalidade das restrições, a vantagem de o tribunal estabelecer claramente o sentido e o processo de construção dos juízos de ponderação, com conseqüentes ganhos em unidade e segurança jurídica das decisões judiciais.<sup>419</sup> Neste caso, o princípio da razoabilidade representaria o *limite aos limites dos direitos fundamentais*, o que é usualmente identificado com o princípio da proporcionalidade em geral.

Além disso, na hipótese de ponderação de bens e da sua estruturação pelo princípio da proibição do excesso, esta garantia pode constituir um elemento de  *sinalização*

---

<sup>416</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 452-53.

<sup>417</sup> *Idem*, p. 453.

<sup>418</sup> *Ibidem*, p. 454.

<sup>419</sup> Novais, *op. cit.*, p. 727-28.

da necessidade de preservar no direito fundamental um conteúdo essencial, ou seja, um mínimo de conteúdo, objetivo ou subjetivo, demarcado materialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>420</sup>

Como os demais direitos fundamentais, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é constituído por normas-princípio e também por normas-regra. Como normas-princípios aquele direito representa um mandado de otimização, que atribuem direitos *prima facie*, ou seja, *a priori*, implicando na impossibilidade de, previamente, o aplicador do direito ter conhecimento de toda a amplitude do direito fundamental. Deste modo, o referido direito é pressionado num processo de colisão com direitos (à propriedade, à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade, ao desenvolvimento econômico, etc.), que se demonstram como direitos subjetivos, restringindo as hipóteses de afirmação do direitos fundamental ao ambiente.<sup>421</sup>

Segundo Teixeira, as restrições ou limites determinam a ponderação de valores, num sistem onde o valor *qualidade ambiental* é limitado pelo valor *desenvolvimento*, resultando no chamado *desenvolvimento sustentável*. Esse processo implicaria em restrições ao direito de propriedade e ao uso dos recursos ambientais, com fins de harmonização e equilíbrio ambiental. Assim, tanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto o direito ao desenvolvimento econômico apresentam a mesma condição de direito fundamental (mesma hierarquia), estabelecidos nos artigos 225 e 170 da Constituição Federal. Tais princípios informam que o uso dos recursos ambientais deve se ajustar aos critérios de sustentabilidade ecológica, não havendo, contudo, um caráter absoluto de um direito ou de outro.<sup>422</sup> Nestes termos, o autor assinala que

Para efetivamente implementar os princípios e as normas ambientais, o princípio da unidade da Constituição como sistema deve ser entendido em sua totalidade. É fundamental que a correta interpretação sistemática leve em consideração o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvimento, para com isso propiciar a sadia qualidade de vida ou a vida num ambiente saudável.<sup>423</sup>

Quanto ao respeito ao núcleo essencial reputado ao direito fundamental ao ambiente, Bello Filho observa que há duas visões distintas sobre esse assunto: uma atesta a existência de um núcleo essencial em todo direito fundamental, sendo impossível a redução da sua amplitude, apresentando-se como um núcleo duro, absoluto, que se opõe a qualquer

---

<sup>420</sup> Novais, *op. cit.*, p. 798.

<sup>421</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 414-15

<sup>422</sup> TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125-26.

<sup>423</sup> *Idem*, p. 132.

redução; a segunda visão destaca a relatividade do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Neste caso, o núcleo do direito fundamental ao ambiente seria fixado pela atividade de ponderação, relativizando-se. Assim, pela ponderação exercita-se o princípio da proporcionalidade, fixando-se o núcleo essencial do direito. Contudo, quando o direito fundamental ambiental manifesta-se como um direito subjetivo de defesa, o limite para uma restrição é a própria inexistência de excesso, ou seja, quando a atuação de um direito fundamental for excessiva em relação aos bens ambientais, haverá a lesão ao núcleo essencial do direito fundamental.<sup>424</sup>

Por outro lado, quando o direito fundamental ao ambiente se expressar por meio de uma prestação ambiental, tal direito se realiza até quando a prestação for eficiente, por isso, neste caso, o limite da restrição é a existência de uma prestação eficiente, e, por conseguinte, o núcleo essencial reside na inexistência de prestação precária. Sobre esse ponto, Bello Filho afirma que

Por tais razões, o que se denomina de núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é o resultado da ponderação decorrente da colisão de direitos fundamentais, e subsumida ao conjunto de regras de proporcionalidade que estabelecem pontos de limitação à atuação de outras normas e direitos que trabalham em sentido inverso.<sup>425</sup>

Segundo Sarmiento, no método de ponderação de bens, a validade da decisão pode ser aferida por meio de critérios racionais e, com maior objetividade possível, a partir da fundamentação da decisão, justificando-se as restrições impostas a cada bem jurídico em confronto, primando-se pelo princípio da proporcionalidade. Além disso, o autor alerta que o resultado final do processo deve ser analisado sob o prisma da sua conformidade com os valores constitucionais. E mesmo que seja impossível uma objetividade plena no processo de ponderação, este não pode ser considerado um processo puramente subjetivo e irracional.<sup>426</sup>

O autor ainda comenta que a ponderação de bens reflete o método da hermenêutica concretizadora, que trata da interpretação da Constituição conforme as circunstâncias específicas do caso, sem se afastar dos aspectos normativos que o envolvem. Conforme o autor, a ponderação de bens é amplamente utilizada nos Estados Unidos, na Alemanha e na Espanha. Já no Brasil, a jurisprudência dominante não se vale de forma explícita da ponderação, usando-a, contudo, de forma velada, a fim de mascarar as condicionantes da decisão que não pertençam ao domínio da lógica-formal.<sup>427</sup>

---

<sup>424</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 416-18.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 418-19.

<sup>426</sup> Sarmiento, *op. cit.*, p. 70-71.

<sup>427</sup> *Idem*, p. 93-94.

Deste modo, na hipótese do intérprete ter de escolher entre duas ou mais normas ou princípios - cita-se a tradicional *farra do boi*, realizada em Florianópolis, Santa Catarina, e em outras localidades do Estado, onde há um conflito entre as tradições e culturas açorianas (localismos) e as sociedades protetoras dos animais e do meio ambiente – deve-se procurar a conciliação de interesses opostos igualmente garantidos constitucionalmente. Ademais, este exemplo demonstra que os direitos não devem ser vistos como ilimitados ou absolutos, já que existe uma flexibilidade no trabalho de interpretação para que sejam dadas as respostas e este tipo de problema.

Neste caso, como nos demais que envolvam a interpretação da Constituição, deverá haver uma ponderação, tendo-se sempre o princípio da proporcionalidade como um norteador na condução de casos onde haja colisões de direitos, resolvendo-se cada caso de forma individualizada e única, já que não há uma fórmula exatamente precisa para a solução de *diferentes* problemas e de maneira simples.

Por fim, no caso de um conflito entre normas e princípios, ou somente entre princípios constitucionais, acredita-se que, mais uma vez, o princípio da dignidade da pessoa humana deverá nortear o processo de interpretação do aplicador do Direito. Deve-se, ainda, levar em consideração que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (como vários outros direitos fundamentais), possui profunda ligação com àquele princípio norteador, já que um meio ambiente sadio é de suma importância para a vida digna das presentes e futuras gerações. Nestes termos, a decisão vai depender da análise minuciosa de cada caso concreto, mediante uma ponderação de valores, aliada, neste processo, ao princípio da proporcionalidade.

Em razão da proposta deste trabalho se referir à questão da eficácia do direito ao meio ambiente, ver-se-á no próximo subitem, a importância deste direito por meio do estabelecimento da sua *fundamentalidade*, já que atualmente ele não representa um *simples* direito, mas sim um direito fundamental.

## **2.3 Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**

### **2.3.1 Notas exordiais**

Desde a antiguidade, documentos históricos comprovam a preocupação do Homem com o meio ambiente. O Código de Hamurabi, a Lei Mosaica, entre outros instrumentos, são exemplos da consciência do homem da importância da natureza para a vida

na Terra.<sup>428</sup> Nessa época, a origem do Direito ambiental foi marcada por costumes e normatizações a respeito do tema, externando-se a preocupação da interação do homem na natureza. De acordo com Tupiassu, no século XVIII a.C. o Código de Hamurabi já continha disposições sobre a proteção dos animais, que proibia a sua super exploração; e a Lei das XII Tábuas, por volta de 490 a.C., também já apresentava disposições que tratava da preocupação com o meio ambiente.<sup>429</sup>

Contudo, a preocupação com questões ambientais só assumiu contornos internacionais ou globais após a Segunda Guerra Mundial, quando pela primeira vez o *meio ambiente* foi mencionado num diploma internacional, mais especificamente no art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Este dispositivo estabelece o reconhecimento pelos Estados-partes do direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. E ainda que os Estados-partes deverão adotar medidas, com o propósito de assegurar o pleno exercício desse direito, além da melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

Em 1972, firmou-se internacionalmente no âmbito da defesa do meio ambiente, a Declaração de Estocolmo, que reconhece, em seu Princípio 1, que o meio ambiente humano é essencial para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida.<sup>430</sup> Assim, o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado foi estabelecido nesta Declaração que, por sua vez, influenciou as Constituições de vários países no sentido de se reconhecer a fundamentalidade daquele direito.

O Princípio 21 daquela Declaração estabelece o direito dos Estados de explorar seus próprios recursos, conforme suas próprias políticas relativas ao meio ambiente, e a responsabilidade de assegurar que tais atividades exercidas dentro de sua jurisdição não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou a áreas fora dos limites da jurisdição nacional. Com relação ao princípio em questão, Mazzuoli argumenta que, neste caso, consagrou-se o princípio costumeiro segundo o qual a propriedade deve ser utilizada de modo

---

<sup>428</sup> Marum, *op. cit.*, 129.

<sup>429</sup> Tupiassu, *op. cit.*, p.156.

<sup>430</sup> Neste caso, Marum ainda informa que “Pela ‘Convenção sobre o Direito do Mar’, assinada em 10.12.1982, em Montego Bay, na Jamaica, ficou reconhecido que o leito do mar, os fundos marinhos e seu subsolo, além dos limites da jurisdição nacional, constituem patrimônio da humanidade, a ser preservado e explorado no interesse de todos os seres humanos, segundo uma perspectiva solidária, levando-se em conta, especialmente, os interesses dos países em desenvolvimento, mesmo os sem litoral.” In: Marum, *op. cit.*, p. 131.

a não prejudicar terceiro, sendo que a sua violação acarreta a responsabilidade civil do Estado violador.<sup>431,432</sup>

Assim, a Conferência de Estocolmo de 1972 representou um grande marco da internacionalização do *direito ao meio ambiente* e do seu reconhecimento como um direito fundamental. Neste ponto, o saudoso Guido Soares, referenciado por Marun, afirma que a referida Conferência “[...] tem sido considerada, no relativo ao Direito Internacional do Meio Ambiente, o que a Declaração Universal dos Direitos Humanos significou em termos de assegurar, no nível internacional, a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.”<sup>433</sup>

Em 1992, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que resultou na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Esta é considerada uma atualização da Declaração de Estocolmo, onde se enfatiza, sobretudo, a importância da sustentabilidade no processo de desenvolvimento. Destaque-se que, no mesmo ano, firmou-se a Convenção sobre a Diversidade Biológica, que passou a vigorar no Brasil em 29 de março de 1994.

Na Declaração de Rio, o modelo de desenvolvimento sustentável é também considerado um direito humano, e, segundo Bertoldi, isto está claro no Princípio 1, onde se estabeleceu que “os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm o direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”. Ainda de acordo com a autora,

Este Princípio, vem confirmar o Princípio 13 da Declaração de Estocolmo de 1972 que estabelece: “com a finalidade de obter uma racional ordenação dos recursos e melhorar as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planificação de seu desenvolvimento com a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente em benefício de sua população”.<sup>434</sup>

<sup>431</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 34, abril/junho, 2004. p. 106-07.

<sup>432</sup> Conforme Mazzuoli, “O direito a um meio ambiente sadio é assegurado, no sistema interamericano de direitos humanos, pelo art. 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (conhecido por Protocolo de San Salvador), de 17.11.1988, nestes termos: ‘Art. 11. Direito a um meio ambiente sadio. 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados-partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente’.” In: Idem, p. 111.

<sup>433</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Direitos humanos e meio ambiente. In: *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, p. 131. Citado por MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. *Meio ambiente e direitos humanos*. Disponível em <<http://www.mp.sp.gov.br/caouma/Doutrina/Amb/Teses/Direitos%20Humanos%20-%20Marum.htm>>. Acesso em: 27 julho 2004.

<sup>434</sup> Bertoldi, *op. cit.*

Aqui, o grande problema, no âmbito da consecução ou eficácia dos referidos direitos inseridos naquelas declarações é que, em tais instrumentos não existe o caráter de obrigatoriedade e coercitividade, e a sua observância a aplicabilidade dependem da boa-fé dos Estados signatários.

Importa mencionar que, na Conferência das Nações Unidas, foi firmada por 175 países mais a União Européia a Convenção Quadro sobre Mudança do Clima, com o propósito de se elaborar uma estratégia global para a proteção do sistema climático para as gerações presentes e futuras. Também foi assinada, por 170 países, inclusive o Brasil, a Agenda 21, que propõe o estabelecimento do desenvolvimento sustentável, determinando metas e responsabilidades aos Estados signatários. Esse documento serve (ou deveria servir) de guia para as ações dos governos. A Agenda 21 pode ser definida como “um programa de ação para viabilizar a adoção do desenvolvimento sustentável e ambientalmente racional em todos os países.”<sup>435</sup>

Atualmente, vários instrumentos internacionais cuidam de questões ambientais, com a finalidade de se garantir a promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, além do incisivo enfoque na sustentabilidade do desenvolvimento. Sobre esse ponto, Espiell entende que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um aspecto ou projeção do direito à vida, e o seu reconhecimento juridicamente é o resultado das mudanças e novas necessidades humanas que surgiram historicamente. Contudo o autor destaca que aquele direito deverá ser objeto de *tratados*, e não de *declarações*, pois estas servem como referência para as ações (governamentais ou não), mas não representam a melhor opção, em face da não obrigatoriedade dos direitos nelas contidos, associados à urgência dos problemas ecológicos atuais.<sup>436</sup>

### **2.3.2 O reconhecimento da fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**

O direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ainda não está acolhido, de forma expressa, nos tratados internacionais sobre direitos humanos, mas apenas em pactos regionais, e instrumentos internacionais sobre meio ambiente. A Declaração

---

<sup>435</sup> NOVAES, Eduardo Sales. *Agenda 21: iniciativas regionais e locais*. Disponível em <<http://www.mre.gov.br/cdbrasil/itamaraty/web/port/meioamb/agenda21/apresent/index.htm>>. Acesso em: 21 março 2006.

<sup>436</sup> GROS ESPIELL, Hector. El derecho a vivir y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. Córdoba, v. 5, p. 45-73, 1992-1993. p. 48.

Universal dos Direitos Humanos se aproxima da idéia de um direito ao meio ambiente equilibrado em seus arts. 3º e 25, nº. 1, quando estabelecem respectivamente que “Toda pessoa têm *direito à vida*, à liberdade e à segurança pessoal”<sup>437</sup>; “Toda pessoa têm o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, a *saúde e o bem estar* [...]”<sup>438</sup>

A intenção de um reconhecimento internacional explícito daquele direito está proclamada na Declaração de Viscaia, que foi resultado de um Seminário Internacional sobre Direito Ambiental, realizado em Bilbao - Espanha em fevereiro de 1999, sobre os auspícios da UNESCO e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. A Declaração de Viscaia propõe à comunidade internacional o reconhecimento do direito humano ao meio ambiente, num instrumento de alcance universal. O seu artigo 13 estabelece que “o direito ao meio ambiente deverá ser exercido de forma compatível com os demais direitos humanos, incluído o direito ao desenvolvimento”.<sup>439</sup>

Atualmente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado já é previsto em declarações de direitos humanos de alguns países em desenvolvimento como, por exemplo, na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Por outro lado, tal direito não faz parte da lista de direitos do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Mas o Tribunal Europeu de Direitos Humanos - mecanismo de aplicação do Convênio - submeteu esta possibilidade a estudo em várias ocasiões. Conforme Bertoldi, as razões pela não incorporação do referido direito são representadas pelo temor de esfumar e mascarar o Convênio pela incorporação de novos direitos humanos; além do fato de que a maioria dos Estados-membros possuem sérios problemas ambientais que poderiam resultar em constantes demandas ao Tribunal.<sup>440</sup>

Outro fato relevante é que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou o *direito ao meio ambiente como um direito humano*, o que se intitula como *proteção de rebote* (*protection par ricochet*). Nestes termos, o Tribunal previu a submissão ao mesmo, de casos de atentado contra o meio ambiente, não deste delito propriamente dito, mas de forma indireta, ou seja, como causa de violação de outros direitos protegidos pelo Convênio.<sup>441</sup>

<sup>437</sup> SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação Internacional*. São Paulo: Manole, 2004. p. 251.

<sup>438</sup> Idem, p. 253.

<sup>439</sup> Bertoldi, *op. cit.*

<sup>440</sup> Idem.

<sup>441</sup> Sentença de 09.12.1994. A demanda teve origem na instalação e funcionamento sem licença na localidade de Lorca (Murcia), em julho de 1988, de uma empresa de tratamentos de resíduos sólidos e líquidos. Devido a um defeituoso processo de operação, tal empresa espelia gases e maus olores, ocasionando problemas de saúde a população cercana. Citado por Bertoldi, *op. cit.* “O caso mais interessante é o assunto López Ostra que se derivou de uma demanda contra o Estado espanhol. Neste assunto, o Tribunal admitiu de maneira clara que uma grave contaminação do meio ambiente pode afetar o bem estar do indivíduo e impedir-lo de desfrutar de seu lar, atacando sua vida privada e familiar.”



Todavia, no âmbito internacional, ainda persiste o problema de como responsabilizar um Estado frente à uma demanda particular ou coletiva com base em um dano ambiental, em outras palavras: de que forma um Estado poderia ser *eficazmente* responsabilizado?

Teoricamente, a *realização dos direitos humanos* apresenta-se como objetivo de vários Estados que se comprometem, mediante assinatura de declarações e tratados, com a finalidade de estabelecer regras que estão vinculadas à *dignidade da pessoa humana*. No entanto, a grande frustração se dá com relação à *eficácia* de tais direitos. Seja no *plano internacional* ou no *plano interno*, o que se espera é que os referidos direitos saiam dos debates doutrinários a fim de fazerem-se valer no meio social, tornando-se, enfim, eficazes. Bobbio, alerta para o fato de que “o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade.”<sup>442</sup>

No âmbito interno, de acordo com Rossit *et al*, numa interpretação constitucional em direção a um antropocentrismo alargado, deve-se classificar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, ensejando numa responsabilidade social perante o meio ambiente (Estado e coletividade), como uma condição imprescindível para assegurar o futuro da Humanidade no planeta. Neste caso, a dignidade estaria fundamentada na vida, que é direito fundamental consubstanciado no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal. Segundo as autoras, tal dispositivo possui aplicação imediata, porque a inviolabilidade do direito à vida é a base de todos os direitos. Além disso, elas defendem que, a despeito do fato de não estar inserido no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, o conteúdo do direito em questão é de direito fundamental. É ao mesmo tempo um direito social e individual, pois não é proveniente de nenhuma prerrogativa privada.<sup>443</sup>

Assim, no *âmbito interno*, o Direito ambiental foi estruturado juridicamente com a promulgação da Lei da política nacional do meio ambiente, em 1981, destacando-se que anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado era abordado apenas de forma indireta em legislação esparsa. Hoje, de acordo com o *caput* do art. 225 da referida Carta, “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 para

---

<sup>442</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 24.

<sup>443</sup> ROSSIT, Liliansa Allodi; CANEPA, Carla. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.11, n. 42, p. 244-51, jan./mar., 2003. p. 247-50.

as presentes e futuras gerações.” Aqui, o direito ao meio ambiente como um direito humano (fundamental) está estabelecido de forma implícita, mas pode ser caracterizado como tal seja por aspectos formais, seja por aspectos materiais. Com relação à fundamentalidade daquele direito, Édis Milaré afirma que

A par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, acrescentou o legislador constituinte, no *caput* do art. 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, direcionado ao desfrute de condições de vida adequada em um meio ambiente saudável ou, na dicção da lei, “ecologicamente equilibrado”.<sup>444</sup>

A respeito do dispositivo supracitado, Mazzuoli comenta que o mesmo consagra também o princípio segundo o qual o meio ambiente é um direito humano fundamental, já que visa a proteção do direito à vida com todos os seus desdobramentos, incluindo, aqui, a sadia qualidade de sua fruição. Segundo o autor, cuida-se de um direito fundamental, pois sem o mesmo a pessoa humana não se realiza de maneira plena.<sup>445</sup> Por outro lado, Kretz entende que

[...] grande parte dos direitos fundamentais, com exceção dos direitos coletivos ou difusos, caracteriza derivações do princípio da dignidade da pessoa humana e encontram-se vinculados à idéia de liberdade, autonomia e proteção à vida, bem como bens fundamentais contra intervenções por parte do Estado e dos particulares.<sup>446</sup>

Contudo, entende-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, já que o homem necessita de um meio ambiente sadio para viver com dignidade. É impossível, *v.g.*, imaginar uma vida digna em lugares onde existem péssimas condições ambientais e sanitárias como, por exemplo, os lugares onde esgotos domésticos e industriais correm a céu aberto, e, muitas vezes, as águas contaminadas são reutilizadas para o consumo humano e animal. Nestes termos, Torres entende que os *direitos ecológicos*, ou *o meio ambiente* participa do rol dos direitos fundamentais. Para o autor,

O direito da natureza é expressão moderna do direito natural, que pertence indistintamente a todos os homens, pois que os rios e as florestas não possuem direitos em nome próprio. A pessoa humana é que tem o direito inalienável de viver em meio ambiente sadio e de ver por todos respeitada a natureza que a cerca.<sup>447,448</sup>

<sup>444</sup> MILARÉ, Édis. *Princípios fundamentais do direito do ambiente*. Disponível em <[http://www.italolopes.com/ucb/auxiliar/aux\\_princ\\_dir\\_amb.pdf](http://www.italolopes.com/ucb/auxiliar/aux_princ_dir_amb.pdf)>. Acesso em: 04 novembro 2007.

<sup>445</sup> Mazzuoli, V. O. *A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente*. *Op. cit.*, p. 109.

<sup>446</sup> Kretz, *op. cit.*, p. 61.

<sup>447</sup> Torres, R.L. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. *Op. cit.*, p. 299-300.

<sup>448</sup> Todavia o autor observa que “alguns direitos transindividuais não se integram ao catálogo dos direitos fundamentais, como acontece com os direitos dos consumidores, dos locatários, dos pais de alunos, etc. São

De acordo com Marum, o reconhecimento do direito ao meio ambiente como um direito humano fundamental traz conseqüências como, por exemplo, a irrevogabilidade desse direito, já que representaria uma cláusula pétrea do regime constitucional brasileiro. E esta irrevogabilidade influenciaria os demais dispositivos constitucionais e a legislação infraconstitucional. Com isso, os dispositivos que tratam do meio ambiente não poderiam ser alterados, a fim de que se suprima ou se enfraqueça esse direito fundamental e irrevogável. Além disso, o direito em questão seria imprescritível, ou seja, um direito indisponível e, por conseguinte, intangível pela prescrição.<sup>449</sup>

Bello Filho sustenta que “[...], a conceituação jusfundamental estará vincada no conceito de norma de direito fundamental, uma vez que as disposições e os direitos apenas serão fundamentais em decorrência da qualidade das normas que expressam ou que lhes atribuem.” O autor comenta que a idéia de que a fundamentalidade de determinado direito provém de compreensão meramente topográfica - não sendo necessário conteúdo material para isso - retira toda a carga cultural, histórica e racional dos direitos fundamentais, no que afeta à sua fundamentalidade material.<sup>450</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos materialmente fundamentais estão consagrados na cláusula de abertura, estabelecida no artigo 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil. Com relação à fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, Bello Filho afirma que

O enunciado normativo do artigo 225 expressa uma norma de direito fundamental e, por esta só razão, é um enunciado normativo de direito fundamental. A norma referida ao artigo 225 é uma norma de direito fundamental em razão de estar – formal e materialmente – baseada em critérios de fundamentalidade. Não obstante possuir um grau de programaticidade e um grau de dirigismo inerentes à sua natureza é em razão de sua fundamentalidade formal – jungida pela cláusula de abertura dos róis dos artigos atributivos de direitos fundamentais – e de sua fundamentalidade material, em razão de realizar princípios constitucionais, que a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 adquire o grau de norma de direito fundamental.<sup>451</sup>

Nesse sentido, partilhando da mesma opinião do autor supracitado, Gavião Filho entende que o art. 225, da Constituição Federal, representa uma norma de direito fundamental que vincula juridicamente a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Além disso, ele argumenta que o art. 5º, LXXIII, da Carta Maior - que integra o Título que trata dos

---

tocados pelos interesses coletivos ou difusos, mas não têm a generalidade e a universalidade dos direitos humanos.” In: Torres, R.L. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. *Op. cit.*, p. 300-01.

<sup>449</sup> Marum, *op. cit.*, p. 134-36.

<sup>450</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 257-59.

<sup>451</sup> *Idem*, p. 295.

direitos e garantias fundamentais – estabelece que qualquer cidadão tem o direito de propor Ação popular para anular ato lesivo ao ambiente e, por isso, as normas que cuidam do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são normas que vinculam juridicamente o exercício das atividades daqueles Poderes do Estado.<sup>452</sup>

Assim, reconhecendo-se a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no próximo subitem tratar-se-á das conseqüências provenientes desta conclusão.

### **2.3.3 O alcance da fundamentalidade do direito ao meio ambiente equilibrado no sistema constitucional brasileiro**

Inicialmente, deve-se questionar as conseqüências potenciais a respeito da fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de que seja esclarecido alguns pontos que influenciarão na eficácia ou aplicação efetiva do direito em questão. Neste ponto, Bello Filho destaca que “o enunciado do artigo 225 é normativo e não proposicional por não se tratar de uma descrição do mundo, e sim uma determinação da conduta humana que deve se realizar no universo palpável dos fatos, mas tal é o caso também pelo fato de a Constituição não possuir conteúdo não normativo. A Constituição não contém enunciados proposicionais, contém apenas enunciados normativos.”<sup>453</sup>

Como dito anteriormente, um dos fatores que confere a fundamentalidade ao direito ao meio ambiente equilibrado refere-se ao conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais. Na Constituição da República Federativa do Brasil, o elenco constitucional de direitos fundamentais não é taxativo, ou seja, há uma abertura do texto constitucional a novos direitos que venham a ampliar o rol já existente. Isto está estabelecido no seu art. 5º, § 2º, que trata da existência de outros (direitos) “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Assim, apesar daquele direito situar-se fora do Título II<sup>454</sup> (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), da Carta Magna, esse fato não o destitui de sua fundamentalidade, já que a própria Constituição admite a existência de outros direitos estabelecidos até mesmo fora dela, que decorram do

---

<sup>452</sup> Gavião Filho, *op. cit.*, p. 37-38.

<sup>453</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 223-34.

<sup>454</sup> O Título II da Constituição contém a declaração dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos.

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.<sup>455</sup>

O conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais aponta para o reconhecimento de direitos fundamentais não-escritos, implícitos<sup>456</sup> nas normas do catálogo, ou decorrentes do regime e dos princípios da própria Constituição. Deste modo, instrumentos internacionais firmados e ratificados pelo Brasil, como, por exemplo, a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, a Convenção sobre o Direito do Mar, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e a Convenção Quadro sobre a Mudança do Clima, apresentam-se como direitos materialmente fundamentais.

Schäfer comenta que a concepção aberta dos direitos fundamentais caracteriza o sistema democrático, flexibilizando-se a os métodos de concessão de direitos aos cidadãos, além de se permitir, com isso, a incorporação dos chamados novos direitos. Além disso, o autor afirma que “a outra importante consequência repousa na aplicação do regime específico dos direitos, liberdades e garantias a todos os direitos materialmente fundamentais, independentemente de constarem do rol formal dos direitos fundamentais (direitos formalmente fundamentais).”<sup>457</sup>

O que confere a fundamentalidade formal aos direitos é a sua presença no catálogo dos direitos fundamentais do texto constitucional. Já a fundamentalidade material é representada por direitos que - embora situados fora do catálogo - em razão da importância de seu conteúdo, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais. Importante esclarecer que os direitos fundamentais em sentido formal são também considerados direitos fundamentais em sentido material.

Desta forma, de acordo com Robert Alexy, as normas de direitos fundamentais – vistas formalmente - são aquelas que se encontram no topo da pirâmide do ordenamento

<sup>455</sup> O catálogo dos direitos fundamentais está estabelecido no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I, que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos, da Constituição da República. Neste catálogo estão consagrados direitos fundamentais das diversas dimensões. Com relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecido no *caput* do art. 225, da Constituição Federal, direito de terceira dimensão, este se encontra localizado no texto constitucional, mas fora do título dos direitos fundamentais.

<sup>456</sup> Quanto aos direitos explícitos na Constituição, estes, segundo Ferreira Filho, podem ser agrupados em três categorias, conforme seu objeto imediato, pois o mediato se pode dizer que é sempre a liberdade: a) direitos cujo objeto imediato é a “liberdade”: de locomoção - art. 5º, LXVIII; de pensamento - art. 5º, IV, VI, VII, VIII, IX; de reunião - art. 5º, XVI; de associação - art. 5º, XVII a XXI; de profissão - art. 5º, XIII; de ação - art. 5º, II; liberdade sindical - art. 8º; direito de greve - art. 9º. b) direitos cujo objeto imediato é a “segurança”: dos direitos subjetivos em geral- art. 5º, XXXVI; em matéria penal - art. 5º, XXXVII a LXVII; do domicílio - art. 5º, XI. c) direitos cujo objeto imediato é a “propriedade”: em geral- art. 5º, XXII; artística, literária e científica - art. 5º, XXVII a XXIX; hereditária - art. 5º, XXX e XXXI. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 289.

<sup>457</sup> Schäfer, *op. cit.*, p. 36-37.

jurídico, e vinculam o legislador, o juiz e a Administração Pública aos seus conteúdos.<sup>458</sup> Sobre esse ponto, Bello Filho argumenta que a fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais será completa se estas forem: previstas constitucionalmente; puderem ser opostas aos intentos majoritários; e vincularem quanto ao seu conteúdo, sendo que a vinculação representa a consequência da existência dos direitos fundamentais como garantias contra-majoritárias, tendo sua força normativa em razão de sua inscrição no cume da pirâmide jurídica.<sup>459</sup>

Destaque-se que todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, mesmo aqueles estabelecidos fora do Título II são, em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. Isso vale ainda para o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225, daquele diploma, não obstante o seu usual enquadramento nos direitos de terceira dimensão.<sup>460</sup>

As consequências da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais são que estes fazem parte da Constituição escrita e, por isso, estão no ápice do ordenamento jurídico. Além disso, tais direitos estão submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional, estabelecidos no art. 60, da Lei Maior; e ainda representam normas diretamente aplicáveis, que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas, conforme preceitua o art. 5º, § 1º, daquele diploma. Já a fundamentalidade material decorre da circunstância dos direitos fundamentais serem elemento constitutivo da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.<sup>461</sup>

Quanto ao princípio da proibição de retrocesso - princípio de conteúdo axiológico – Teixeira sustenta que este é resultado da vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais. Em face da queda vedação, o princípio deverá ser respeitado, mesmo que seu caráter não seja absoluto, de modo que, se assim fosse, engessaria o direito, impedindo a sua evolução. Para ele, tal princípio seria coerente com um dos propósitos do Direito ambiental, ou seja: melhorar a qualidade do ambiente mediante por meio da recuperação das áreas já degradadas, e da defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>462</sup> Ademais, o autor exemplifica da seguinte maneira:

---

<sup>458</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 503.

<sup>459</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 307.

<sup>460</sup> Sarlet, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 366.

<sup>461</sup> *Idem*, p. 80-81.

<sup>462</sup> TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 122.

No direito ao meio ambiente no Brasil - norma de eficácia plena na sua dimensão de ecologicamente equilibrado -, o legislador, além de ser obrigado a atuar no sentido de concretização deste direito fundamental, está proibido de editar normas que atentem contra o sentido e a norma de direito fundamental, o que também serve para orientar o intérprete sistemático do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do direito ao desenvolvimento sustentável.<sup>463</sup>

De acordo com Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana é um critério basilar, porém não exclusivo, no trabalho de definição de um direito fundamental. Isso pelo fato de que toda e qualquer dispositivo fora do catálogo poderia ser guindado, em razão do suposto conteúdo daquele princípio, à condição de materialmente fundamental. Deste modo, o princípio em questão representaria apenas um referencial hermenêutico, tanto para os direitos fundamentais, quanto para o restante das normas constitucionais.<sup>464</sup> No mesmo sentido, Bello Filho assevera que

Não é correto fundamentar materialmente os direitos fundamentais no princípio da igualdade, na liberdade, ou no princípio da dignidade da pessoa humana. Todos os direitos fundamentais embasam-se nos princípios fundamentais do texto constitucional e, dependendo de sua característica e extensão, o direito estará mais bem apoiado na igualdade do que na liberdade, ou na igualdade do que na dignidade da pessoa humana.<sup>465</sup>

Bello Filho entende que dentre os vários princípios que podem sustentar a norma de direito fundamental ao ambiente, destaca-se o princípio da preservação ambiental. Este seria, ao mesmo tempo, um *princípio fundamental* (impositivo e conformador), que insculpe um valor fundamental, um objetivo a ser cumprido pelo Estado e pela sociedade, e que impõe tarefas ou deveres ao legislador infraconstitucional, ao Estado e sociedade civil; e um *princípio constitucional especial*, ou seja, que realiza o direito à vida, que o estrutura, no sentido de impor a realização do direito a saúde, como um princípio constitucional geral. E é nesse último sentido que o princípio em questão é também conhecido como *princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*.<sup>466</sup>

Assim, o princípio constitucional da preservação ambiental forneceria a fundamentalidade material para a construção do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição Federal de 1988. Além dele, o princípio da dignidade da pessoa humana - inicialmente utilizado por inspiração cristã, passando pelo humanismo e chegando a uma sustentação racional/laica - apresenta-se como um princípio fundamental, e se constitui em uma das bases da República Federativa do Brasil, conferindo

<sup>463</sup> Idem, p. 124.

<sup>464</sup> Sarlet, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 117.

<sup>465</sup> Bello Filho, op. cit., p. 332.

<sup>466</sup> Idem, p. 334-37.

fundamentalidade material aos direitos, seja de forma direta ou indireta; também servindo de conteúdo interpretativo para diversas normas jurídicas.<sup>467</sup>

O autor ainda argumenta que a cláusula de abertura da Constituição Federal, não representa uma tentativa de - por meio da argumentação de direito fundamental - fazer referência à norma expressa pelo artigo 225 a um enunciado normativo dos róis dos artigos 5º, 6º e 7º; mas trata-se de utilizar a argumentação para fazer incluir o art. 225 nas hipóteses da cláusula de abertura do artigo 5º, § 2º. Segundo ele, “a argumentação jusfundamental correta precisará de critérios racionais, históricos e políticos para sustentar materialmente a relação de precisão entre uma norma e um dado enunciado e também entre uma norma e uma dada cláusula de abertura.”<sup>468</sup>

De fato, não representa uma tarefa fácil a identificação de direitos fundamentais implícitos que possam decorrer do sistema jurídico pátrio e/ou dos tratados internacionais, como estabelece o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Trata-se de um trabalho a ser realizado pelo magistrado/intérprete, mediante análise do caso concreto. Contudo, esta *abertura* conferida pelo legislador trata de uma opção inovadora e democrática, pois admite que o julgador integre os *novos direitos* estabelecidos ou firmados no âmbito do ordenamento pátrio; e ainda confere ferramentas para que os profissionais do Direito façam valer direitos hoje fundamentais, mas que não estão formalmente estabelecidos num artigo do texto constitucional, o que seria impossível, tendo em vista a atual prolixidade da Constituição da República Federativa do Brasil.

De outro vértice, há a questão da incorporação dos tratados de direitos humanos, já que a norma do § 2º do art. 5º, da Constituição Federal inclui os direitos previstos nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, no rol de direitos constitucionais protegidos. Nestes termos, Trindade comenta que tais direitos devem ser incorporados *ipso facto* ao direito interno brasileiro, passando a ter aplicação imediata, conforme o § 1º, do art. 5º, da Lei Maior, da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. Além disso, o autor destaca que a intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição, protegendo-os de eventuais emendas tendentes a aboli-los (art. 60, § 4º).<sup>469</sup>

No mesmo sentido, Proner afirma que as normas contidas nos tratados de direitos humanos recebem o *status* de norma constitucional. Segundo a autora “ainda que esses

---

<sup>467</sup> Ibidem, p. 343-51.

<sup>468</sup> Ibidem, p. 268-69.

<sup>469</sup> Trindade, *op. cit.*, p. 139-40.



direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta Magna lhes confere o valor jurídico de norma materialmente constitucional, já que integram o complexo de direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional.”<sup>470</sup> Trindade explica que o direito internacional e o direito interno, não mais operam de modo estanque e compartimentado, passando, nas palavras do autor,

[...] a interagir por força de disposições dos tratados de direitos humanos atribuindo expressamente função de proteção aos órgãos do Estado, assim como da abertura do Direito Constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Desvencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos.<sup>471</sup>

Assim, a clássica polêmica entre monistas e dualistas parece superada, já que os tratados de direitos humanos adotam o critério da *primazia* da forma mais *favorável* aos seres humanos protegidos, não importando se a norma é de direito interno ou de direito internacional. Além disso, como mencionado anteriormente, é importante que o ordenamento jurídico se abra à consagração de *novos* direitos, atualmente considerados fundamentais como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de se atender as novas necessidades humanas e sociais.

Mello destaca a relevância do § 1º e 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, no sentido - adotado por Flávia Piovesan -, de que os tratados de direitos humanos, devem ser incorporados conforme a concepção monista, conferindo-se a eles o *status* de norma constitucional; e os demais tratados deveriam seguir a tese dualista necessitando, assim, de um decreto de promulgação para serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Sobre esse ponto, o autor ainda vai além, defendendo que a norma internacional deveria prevalecer sobre a norma constitucional, mesmo nas hipóteses em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada, mencionando que esta posição já é consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu, que prevê a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.<sup>472</sup>

Por outro turno, Ursaia defende a inadmissibilidade da prevalência de tratado internacional contra o texto da Constituição ou contra os princípios que ela incorpora. A autora afirma que “será inconstitucional, portanto, o decreto legislativo que ratificar tratado

<sup>470</sup> Proner, *op. cit.*, p. 157.

<sup>471</sup> Trindade, *op. cit.*, p. 26.

<sup>472</sup> Mello, C. A. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Op. cit.*, p. 23-25.

internacional que afronte a Carta Magna. A Constituição Federal deixa patente a posição infraconstitucional dos instrumentos convencionais internacionais ao estabelecer, no art. 102, inc. III, b, que compete ao Supremo Tribunal Federal o controle da constitucionalidade dos tratados internacionais.”<sup>473</sup>

Sobre esse assunto, Torres adverte que o Supremo Tribunal Federal normalmente resiste à idéia de superioridade hierárquica das normas internacionais, quando estas contrastem com a Constituição, pautando-se pelos dogmas da soberania; e esta além de ser a posição daquele tribunal ainda é a postura adotada majoritariamente pela doutrina brasileira.<sup>474</sup> Contudo, em 2004, editou-se a Emenda Constitucional nº. 45, que acrescentou um § 3º ao art. 5º, da Lei Maior estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Este dispositivo determina, definitivamente, a equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, que são consideradas do mesmo nível das normas constitucionais. Assim, aquele dispositivo segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo de se igualar hierarquicamente os tratados de proteção dos direitos humanos às normas da Constituição. Nestes termos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecido no *caput* do art. 225, da Carta Magna, pode ser complementado por outras normas provenientes de tratados internacionais relativos à proteção ambiental.

Atualmente, o § 3º do art. 5º, da constituição estabelece que os tratados de direitos humanos têm mesmo nível hierárquico das emendas constitucionais, com o pressuposto de aprovação pelo Congresso com o mesmo *quorum* das mesmas, - isso a despeito de grande parte da doutrina brasileira, que trata da matéria, entender que os direitos estabelecidos nos tratados de direitos humanos possuem *status* de norma constitucional em razão do § 2º daquele dispositivo. Alega-se que o § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil apenas os torna formalmente fundamentais, mas eles já possuiriam fundamentalidade material.

Mas, em recente decisão do Supremo Tribunal Federal entendeu-se que os tratados ratificados pelo Brasil *antes* da promulgação da EC nº. 45 - que adicionou o citado § 3º - e por

---

<sup>473</sup> URSAIA, Maria Lúcia Lencastre. Vigência e eficácia da norma convencional na ordem jurídica brasileira. *Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ*. Brasília, v. 7, n. 20, p. 99-104, março, 2003. p. 100.

<sup>474</sup> Torres, R.L. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. *Op. cit.*, p. 311.

não terem sofrido o procedimento agravado ali previsto, não podem ser equiparados às normas constitucionais. Assim, o § 3º, do art. 5º, da Carta Magna teria instituído uma dupla categoria de tratados relativos aos direitos humanos, ou seja: os pactos ratificados *após* a referida emenda teriam *status* de norma constitucional; já os anteriores a ela estariam hierarquicamente abaixo da Constituição, não afrontando a supremacia desta, porém estariam acima de toda legislação infraconstitucional. Destaque-se que os tratados anteriores à referida emenda seriam caracterizados como *norma supra-legal*, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja esta anterior ou posterior ao ato de ratificação.

<sup>475</sup> Contudo, registre-se que muitos doutrinadores ainda defendem o *status* de norma constitucional para as duas categorias de acordos.

Com relação à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, esclarece-se que a abertura constitucional conferida pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, refere-se aos tratados relativos a direitos humanos em que o Brasil *seja parte*.<sup>476</sup> Formalmente, o Brasil torna-se parte num tratado a partir celebração do mesmo pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF), e posterior promulgação de Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional, que resolve exclusiva e definitivamente o assunto (art. 49, I). Ressalta-se, todavia, que o Congresso autoriza a ratificação, já que esta é ato próprio do Presidente da República. Ademais, a partir de 30 de dezembro de 2004 (data em que a EC nº. 45 incluiu o § 3º, no art. 5º na Carta Magna), os tratados de direitos humanos devem ser submetidos ao procedimento agravado ali previsto.

Com relação aos tratados internacionais que não cuidem de direitos humanos, adota-se o que a doutrina chama de concepção *dualista moderada*, ou seja: aqueles instrumentos devem ser aprovados pelo Poder Legislativo e, após a ratificação pelo Presidente da República, deverá ser promulgado por meio de *decreto de execução*, para que possa, então, produzir efeitos no plano jurídico interno. Tais tratados são considerados normas de igual hierarquia às leis ordinárias, competindo ao Superior Tribunal de Justiça salvaguardá-los.

Mello critica o § 2º do art. 5º, da Carta Magna, no sentido de que a colocação daquele dispositivo no texto constitucional dá a entender que só se aplica ao art. 5º, que trata

---

<sup>475</sup> Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão sobre prisão por dívidas/alienação fiduciária*. Ministro: Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em [www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf](http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf). Acesso em 25 agosto 2007.

<sup>476</sup> Para Mazzuoli, quando os tratados se enquadrarem no que está estabelecido no § 2º do art. 5º, da Constituição Federal passam, da mesma forma que os direitos e garantias presentes na Constituição: “a) a estar dentro dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. II a V); b) a permear os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, inc. I, III e IV); c) a ser diretrizes que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4º, inc.II), e; d) a constituir cláusulas pétreas do texto constitucional (art. 60, § 4º, inc. IV), dando lugar à intervenção federal, em caso de não-observância (art. 34, inc. VII, b).” In: Mazzuoli, *op. cit.*, p. 96.

dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos,” que são os direitos civis e políticos, e não abrangeria os direitos sociais, que estão estabelecidos no capítulo II. Não obstante isso, o autor lembra que a ONU considera os direitos civis, políticos, econômicos e sociais como indivisíveis e todos tendo o mesmo nível de obrigatoriedade.<sup>477,478</sup>

Cabe lembrar que o descumprimento dos tratados de direitos humanos, acarreta a responsabilidade internacional do Estado, por omissão, seja do poder Executivo, do Legislativo, ou do Judiciário, ainda que busque este pautar-se em lei ou norma constitucional interna. Deste modo, o Estado deve tomar as providências necessárias para dar plena vigência aos tratados relativos aos direitos humanos, sob pena de incorrer em ilícito internacional, sendo que, atualmente, a violação de tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovada nos termos do § 3º ao art. 5º, da Constituição Federal, enseja além da responsabilidade internacional do Estado, também a violação da própria Constituição que os alçou à categoria de normas constitucionais.

Nestes termos, Proner destaca que o fato de a União representar o Estado brasileiro internacionalmente, não pode enfraquecer a obrigação jurídica dos demais Poderes do Estado e todos os níveis da Administração Pública (federal, estadual e municipal) de se esforçarem para cumprir as obrigações contraídas no âmbito internacional, num processo de parceria entre o Poder Público e a sociedade civil.<sup>479</sup>

Sobre a questão da *aplicabilidade imediata* das normas constitucionais - e, especificamente, das normas relativas ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - é necessário que se faça uma breve explanação a respeito daquelas normas, a fim de que se esclareça alguns pontos fundamentais acerca das classificações comumente utilizadas.

Antes, cabe mencionar a idéia de Konrad Hesse no sentido de que a negação do Direito constitucional (no sentido de que a constituição representaria as relações políticas/fáticas contingentes) equivale à negação do seu valor enquanto ciência jurídica (normativa). Deste modo, o doutrinador comenta que

<sup>477</sup> Mello, C. A. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Op. cit.*, p. 25.

<sup>478</sup> De acordo com Mello, “Pode-se acrescentar ainda que o STJ tem recorrido a classificação dos tratados em tratado-lei e tratado-contrato, quando se visa a consagrar o primado do tratado em relação a lei conforme estipula o Código Tributário Nacional e só dá o STJ a primazia ao tratado-contrato. Ora, o STJ distingue o que o Código Tributário Nacional não o faz. Tratado-lei e tratado-contrato é uma classificação que não tem qualquer valor científico e a própria doutrina não chegou a um acordo sobre o que caracteriza cada um deles. E mais, nada impede que um mesmo tratado tenha cláusula de tratado-lei e de tratado-contrato. Esta observação visa apenas a mostrar o despreparo dos nossos tribunais no DIP.” In: Idem, p. 27.

<sup>479</sup> Proner, *op. cit.*, p. 151.

Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função - indigna de qualquer ciência - de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política.<sup>480</sup>

No que afeta ao direito ao ambiente, Bello filho sustenta que este representa um direito fundamental, subjetivo, atribuído pela norma expressa por tal enunciado normativo. O autor explica que o conceito de norma é primário em relação ao conceito de enunciado normativo. Isto significa que não é o enunciado que tem relevância enquanto categoria principal na ciência do Direito, mas sim a norma que é expressa por ele. Ele argumenta que

As normas que advêm dos sinais dos guardas de trânsito e as que são expressas por semáforos luminosos são exemplos de normas jurídicas que não advêm de enunciados normativos. Já as normas programáticas puras – melhor seria dizer enunciados programáticos – são exemplos de enunciados que não estabelecem normas. [...] São normas jurídicas aqueles significados dos enunciados que impõem uma conduta de dever-ser. A deontologia é a principal característica de uma norma jurídica que a diferencia de uma proposição qualquer. Os enunciados normativos apenas expressam estes comandos deontológicos, e os enunciados programáticos não expressam tal comando, constituindo-se em meros enunciados legais, não normativos.<sup>481</sup>

O fato é que a diversidade de classificações doutrinárias revela que inexistente uniformidade ou um padrão rígido de exigência de adoção de critérios metódicos para classificar as normas jurídicas. Segundo Dal Col, a validade de tais classificações se justifica pelo fato de apresentarem diversas visualizações da norma jurídica, conforme a ótica em que esteja sendo investigada, exercendo uma função didática, voltada ao processo cognitivo, de apreensão do objeto do conhecimento.<sup>482</sup>

A jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americanas conceberam e elaboraram a classificação das normas constitucionais, do ponto de vista de sua aplicabilidade, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*. As normas constitucionais *self-executing* (ou auto-executáveis, auto-aplicáveis, bastantes em si etc.) são aplicáveis desde logo, pois são dotadas de plena eficácia jurídica, regulando diretamente as matérias, situações ou comportamentos. Já as normas constitucionais *not self-executing* (ou

<sup>480</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11.

<sup>481</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 228-29.

<sup>482</sup> DAL COL, Helder Martínez. *Classificação das normas jurídicas e sua análise, nos planos da validade, existência e eficácia*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 10, n. 42., jan./fev., 2002. p. 13-14.

*not self-enforcing*, ou *not self-acting*; não auto-executáveis, não auto-aplicáveis, não-bastantes em si) são as que dependem de leis ordinárias para serem aplicadas.<sup>483</sup>

No Brasil, a teoria dos doutrinadores norte-americanos foi difundida por Rui Barbosa. Este, com base em análise daquela doutrina, exemplificou a) normas constitucionais auto-aplicáveis por natureza, e seriam aquelas que consubstanciam vedações e proibições constitucionais; b) princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem; e isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais.<sup>484</sup>

Para Riberti e Kalsing, as normas auto-executáveis são completas e definidas quanto à hipótese e à disposição; elas se bastam por si mesmas e têm aplicabilidade imediata. Já as normas não auto-executáveis não possuem aplicação imediata, pois dependem de regra ulterior que a complemente. Segundo as autoras, as normas não executáveis subdividem-se em “a) normas incompletas (não são suficientemente definidas quanto à hipótese); b) normas condicionadas (condicionadas a uma lei posterior que esclareça os seus elementos integrantes); c) normas programáticas (indicam planos ou programas de atuação governamental, reclamam lei ordinária de complementação ou regulamentação, e ainda medidas administrativas para adquirirem efetividade).”<sup>485</sup>

Com relação aos casos de auto-executoriedade ou auto-aplicabilidade, em que não há a necessidade de norma regulamentadora, para a regulação de certos casos, cita-se a ementa do acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que julgou Apelação Cível nº. 102487, Processo nº. 9602079991, cuja decisão unânime foi prolatada em 18/09/2002, negando-se provimento ao recurso. Diz a ementa do acórdão em questão:

Ementa: Direito constitucional e Direito administrativo. Art. 225, par. 1º, inciso V, CF/88. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o controle de substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Bifenilas policloradas (conhecidas como askarel) empregadas em equipamentos de indústria. Portaria interministerial nº. 19, DE 29.01.81. 1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face de indústria que mantém equipamentos que utilizam da substância conhecida como “Bifenilas Policloradas” (PCB's), também denominada comercialmente como Askarel, de reconhecida nocividade diante de ser altamente tóxica. 2. O Governo Federal baixou a Portaria Interministerial nº. 19, em 1981, proibindo o emprego da substância como fluído dielétrico em transformadores e capacitores. O inciso III, da referida Portaria, permitiu que os equipamentos já existentes à época da edição da Portaria pudessem prosseguir até a necessidade de seu esvaziamento. Decurso de período superior a vinte anos até o ajuizamento da ação e acima de trinta anos até o julgamento do recurso. 3. Auto-aplicabilidade do inciso V, do par. 1º, do art. 225, da Constituição Federal, na tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no

<sup>483</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 74.

<sup>484</sup> *Idem*, p. 74-75.

<sup>485</sup> RIBERTI, Hercília Aparecida G; KALSING, Sirlene Beatriz; COVER, Andrea Tereza. Eficácia das normas públicas. *Revista da Faculdade de Direito*. Pelotas, v. 40, n. 16, p. 97-109, jul., 1999. p. 103-04.

controle de substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Desnecessidade de norma legal para estabelecer mecanismos na atuação estatal. 4. Elementos de prova que demonstram a necessidade de cumprimento do item III, da Portaria, para o fim de se esvaziar os equipamentos contendo PCB's, com a incineração de toda a quantidade de substância encontrada, dos capacitores e transformadores infectados pelos PCB's, e de substituir os equipamentos que ainda utilizem PCB's. 5. Apelação conhecida a que se nega provimento, com a manutenção da r. sentença.

Este acórdão afirmou a aplicabilidade imediata do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estabelecido no inciso V, do par. 1º, do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil, já que, para se assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público, entre outros, controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Com relação à eficácia das normas constitucionais, Bester classifica-as em: a) *normas mandatórias* (de caráter imperativo), que determina uma conduta positiva ou uma omissão, um agir ou um não-agir. Normas mandatórias podem ser *preceptivas ou imperativas* (impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (impõe uma conduta omissiva, um não-fazer); b) normas permissivas ou facultativas, que conferem uma permissão, sem determinar a obrigatoriedade de uma conduta positiva ou omissiva. Constituem, geralmente, exceções a regras proibitivas existentes nas Constituições. Cita-se como exemplo, neste caso, os arts. 18, § 3º (“podem”); e c) *normas diretivas ou programáticas*, que são normas de caráter mais ideológico, que dão a vocação do Estado, e possuem igualmente imperatividade e juridicidade. São exemplos deste tipo de normas aquelas estabelecidas nos arts. 170; art. 215; e art. 218, da Carta Magna.<sup>486</sup>

Quanto à *aplicabilidade*, ou eficácia Silva<sup>487</sup> propõe a seguinte classificação das normas constitucionais: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia contida; c) normas de eficácia limitada ou reduzida. As *normas de eficácia plena* seriam aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), ou seja, possuem normatividade suficiente para incidir de forma direta e imediata sobre a matéria que lhes constitui objeto.

As *normas de eficácia contida* representariam as normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos pretendidos. Todavia, tais normas são dotadas de meios ou conceitos que mantêm sua eficácia *contida* em certos limites,

<sup>486</sup> BESTER, Gisela Maria. *Cadernos de direito constitucional*: Parte I: Teoria constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 51-52.

<sup>487</sup> Silva, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 82-83.

de acordo com as circunstâncias. Já as *normas de eficácia limitada* ou *reduzida* são aquelas que, mesmo a partir da entrada em vigor, não produzem todos os seus efeitos essenciais, porque, neste caso, o legislador constituinte não estabeleceu normatividade suficiente para tal propósito, delegando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

De acordo com Silva, uma norma de eficácia plena pode ser reconhecida na linguagem do texto normativo já que ela dispõe claramente sobre os interesses regulados (art. 1º, art. 15 e art. 17, § 4º da CF, por exemplo). Já as normas de eficácia contida, o autor as caracteriza como normas de aplicabilidade imediata e direta, mas com possibilidade de ser restringida posteriormente, nas hipóteses de manutenção da ordem, da segurança pública, da defesa nacional, da integridade nacional, defesa da saúde pública, paz social entre outros motivos relevantes como, por exemplo, a norma do art. 19, I, da Carta Magna, onde o culto religioso é permitido, mas com a restrição de que se veda aos entes políticos o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los etc., ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.<sup>488</sup>

Com relação às normas constitucionais de eficácia limitada, Silva as subdivide em dois grupos:<sup>489</sup>

a) *Definidoras de princípio institutivo* ou *organizativo*, que são normas de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, pois são dependentes de leis complementares integrativas (ordinárias) para lhes conferir executoriedade plena, mas isso não significa que sejam destituídas de aplicabilidade. Normalmente, tais normas têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos (ex.: § 2º do art. 18 da CF). Tais normas ainda poderão ser *impositivas*, ou seja: determinam compulsoriamente ao legislador a elaboração de legislação integrativa; ou *facultativas* ou *permissivas*, quando não impõem uma obrigação, mas abrem a possibilidade de uma situação ser regulada.

b) *Definidoras de princípio programático*, que são as normas programáticas, ou seja, envolvem um conteúdo social, e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, com o propósito de se realizar o bem comum. Nelas, o constituinte não regulou diretamente o interesse, mas limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos e jurisdicionais), visando à realização dos fins sociais do Estado. Silva entende que a norma

---

<sup>488</sup> Idem, p. 99-116.

<sup>489</sup> Ibidem, p. 118-144.



programática preordena alguns princípios da ordem econômica - a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente etc. O autor entende o princípio da defesa do meio ambiente como uma determinação constitucional, como uma norma-fim, com eficácia plena e aplicabilidade direta, embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado aplicação adequada.

Bester esclarece que as normas programáticas ou normas programas conferem à Constituição Federal a caracterização de Constituição Dirigente. Mas nem toda norma constitucional dependente de lei é norma programática, pois o seu conteúdo é que revelará se ela é *norma-programa* ou simples *norma de legislação*.<sup>490</sup>

O grande problema das normas programáticas é o fato deste tipo de norma servir de pretexto para a inobservância das normas constitucionais, já que elas normalmente vinculam comportamentos públicos futuros, e demandam ação legislativa dos órgãos estatais e programas de ação que são descumpridos alegando-se, normalmente, a falta de recursos. Contudo, o descumprimento de normas programáticas, por inércia legislativa ou executiva, configura inconstitucionalidades por omissão.

Vale ainda mencionar que - tendo em vista que toda norma é dotada de eficácia jurídica, ainda que como limite negativo à atividade legislativa sobre o conteúdo da norma (eficácia negativa), além da possibilidade de ser aplicada a casos concretos, ainda que no sentido negativo - Bilhalva, referindo-se ao grau de eficácia jurídica, explica que existem, fundamentalmente, dois critérios relevantes para o enquadramento das normas constitucionais, quais sejam: o da suficiência e o da completude. O primeiro diz respeito à aptidão da norma para a produção imediata dos seus efeitos essenciais, ou seja, dos efeitos especificamente visados, dos seus valores-fim, guardando relação com a aplicabilidade direta ou indireta da norma.<sup>491</sup>

Já a completude, segundo a autora, abrangeria dois aspectos interdependentes: o primeiro envolve a dependência ou não de legislação futura, para que a norma possa surtir seus efeitos essenciais, o que determinará a aplicabilidade imediata ou mediata da norma. O segundo aspecto refere-se à densidade ou dimensão eficaz da norma, que denotará a aptidão da norma para a realização dos seus efeitos essenciais hoje e sempre, relacionando-se à aplicabilidade integral - integral, mas restringível - e limitada da norma jurídica.<sup>492</sup>

---

<sup>490</sup> Bester, *op. cit.*, p. 57-58.

<sup>491</sup> BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 143.

<sup>492</sup> Idem.

Com relação à classificação das normas constitucionais, a Teoria Geral do Direito consolidou o entendimento de que as constitucionais classificam-se, quanto à sua estrutura, em princípios e regras. Assim, o fato de uma norma assumir o caráter de um princípio ou de uma regra acarreta consequências importantes para sua interpretação e aplicação.

Tendo em vista a classificação de Robert Alexy - que preconiza que, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, onde as regras são denominadas de comandos de definição e os princípios de comandos de otimização - Barcellos tenta conferir mais operacionalidade à distinção entre regras e princípios propondo um novo critério fundamentado na noção de norma jurídica, comum a princípios e regras, e especificamente em dois de seus aspectos: os efeitos que pretendem produzir e os meios aptos a alcançar esses efeitos.<sup>493</sup>

Assim, a distinção dos efeitos das regras e princípios estaria na relativa indeterminação dos efeitos e a multiplicidade de meios para atingi-los; e além da indeterminação dos efeitos naquilo que transborda o núcleo essencial do princípio, distinguem-se princípios e regras, no sentido de que muitas vezes, ainda que o efeito pretendido por uma norma seja determinado, os meios para atingir tal efeito são múltiplos. Isso ocorre, por exemplo, com as normas programáticas que, estruturalmente consideradas, são espécies de princípios. Nestes termos, os princípios diferenciar-se-iam das regras, sobretudo porque: a) seus efeitos são indeterminados a partir de certo ponto, ao contrário das regras, e/ou porque b) os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio e mesmo que estes sejam definidos) são múltiplos. Neste caso, a autora chama a atenção para o reconhecimento da diferença entre as duas espécies de norma jurídica, e para a dificuldade ela traz para a eficácia jurídica dos princípios e os caminhos para a sua superação.<sup>494</sup>

A Constituição Federal de 1988 apresenta diversos tipos de normas como, por exemplo, normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; normas de organização, que determinam a organização e as atribuições dos órgãos do Estado; normas teleológicas, que fixam os fins do Estado e os seus objetivos a serem seguidos pelos destinatários da normas; normas-diretrizes, que assinalam as funções que devem ser realizadas pelos órgãos estatais e os valores que devem ser consagrados.

No entanto, a diversidade de tipos de normas deve coexistir constitucionalmente de forma sistemática, mantendo uma relação recíproca a fim de se conferir unidade à Constituição. Dentro dessa variedade de normas, viu-se que normalmente a doutrina classifica

---

<sup>493</sup> Barcellos, *op. cit.*, p. 51.

<sup>494</sup> *Idem*, p. 54-55.

as normas constitucionais, quanto à eficácia, como normas de eficácia plena, as de eficácia contida, e de eficácia limitada ou reduzida.

Neste trabalho, considera-se a norma estabelecida no art. 225 da Constituição uma norma de eficácia plena, por se entender que ela possui normatividade suficiente para incidir de maneira direta e imediata sobre os casos concretos. Trata-se, dessa forma, de uma norma-fim ou norma-princípio de aplicabilidade imediata; e, além disso, cuida-se de um direito subjetivo nas hipóteses em que aquela norma assume o caráter de direito de defesa, ou de norma-regra.

Isso se justifica pelo fato de o § 1º, do art. 5º, da Carta Política determinar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Sobre esse dispositivo, Mazzuoli destaca que o mesmo confere aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais, sejam estes expressos no texto da Constituição ou provenientes de tratados, vinculando-se todo o Judiciário nacional a esta aplicação, sendo o legislador obrigado a respeitar o dispositivo em questão.<sup>495</sup>

Nestes termos, a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, seria atribuída aos direitos individuais e coletivos, estabelecidos nos arts. 5º a 17 da Carta Magna – e também, materialmente, aos outros direitos e garantias expressos no texto constitucional (fora do catálogo); além daqueles direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais (de direitos humanos) em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Contudo, Silva sustenta que - a respeito do dispositivo que declara a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais - o art. 5º, § 1º, da Constituição, significa que, em primeiro lugar, tais normas são aplicáveis até onde possam, ou seja, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento e, em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, de acordo com as instituições existentes.<sup>496</sup>

A despeito de o legislador haver determinado que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, Ferreira Filho afirma que “é lição da doutrina clássica, totalmente aceita, a de que nem toda norma constitucional é suscetível de aplicação imediata. Donde se pode perfeitamente inferir que uma norma constitucional, mesmo definidora de direitos ou garantias fundamentais, somente pode ser

---

<sup>495</sup> MAZZUOLI, V. O. *A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente*. *Op. cit.*, p. 119.

<sup>496</sup> Silva, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 165.

aplicada se for completa.”<sup>497</sup> Neste caso, deve-se verificar se a norma é auto-executável, susceptível de aplicação imediata; ou não-auto-executável, pois necessita de regulamentação.

O referido autor argumenta que as normas definidoras de *direitos bastantes em si*, ao lado de muitas outras normas *não bastantes em si* são percebidas pela simples leitura dos incisos do art. 5º da Constituição; e que a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais é limitada pela natureza das coisas. Neste caso, o autor utiliza-se do exemplo de que - a despeito do estabelecido no § 1º, do art. 5º, da Lei Maior - o Mandado de injunção, previsto no 5º, LXXI, é utilizado para o caso em que direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora.<sup>498,499</sup>

Destaque-se, também a existência da Ação de inconstitucionalidade por omissão, para os casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais, que requerem lei ou providência administrativa ulterior. Silva ainda destaca a iniciativa popular, como uma possibilidade de contribuição para a elaboração de leis ordinárias ou complementares integradoras da eficácia de normas constitucionais. Sobre esse ponto, o autor afirma que “a omissão do Poder Legislativo não pode ser totalmente suprida pela participação popular, mas a falta de iniciativa das leis o pode, e por certo que a iniciativa, subscrita por milhares de eleitores, traz um peso específico, que estimulará a atividade dos legisladores.”<sup>500</sup>

A despeito do Mandado de injunção, da Ação de inconstitucionalidade por omissão e da própria iniciativa popular, estes são instrumentos criados pelo legislador constituinte para a proteção dos cidadãos nos casos em que o Poder Público contrariar ou se omitir acerca dos seus deveres previamente estatuídos na Constituição. Mais uma vez insiste-se na idéia de que *a limitação pela natureza das coisas* não pode servir de pretexto para o descumprimento de normas de direitos fundamentais, ou mesmo para que se promova uma classificação de modo a destituí-las de sua plena eficácia a imediata aplicação.

Assim, deve-se considerar que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, mas o fato é que isso não é suficiente para se garantir a efetividade de tais direitos, já que esta permanece vinculada ao Estado Democrático de Direito, que pressupõe a

<sup>497</sup> Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 305.

<sup>498</sup> *Idem*, p. 306.

<sup>499</sup> Com relação ao mandado de injunção, e a sua função fazer valer, no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa previsto em norma constitucional cujo exercício em geral é inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, Silva afirma que “(...) a interpretação do Supremo Tribunal Federal tolheu essa função que lhe dava razão de existir, para considerá-lo mero meio de obtenção de declaração de inconstitucionalidade por omissão.” In: Silva, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 165-66.

<sup>500</sup> *Idem*, p. 166.

realização de uma sociedade democrática; onde, além da consagração dos direitos fundamentais pela Constituição, estes deverão ser realizados no plano dos fatos. Ademais, a não implementação das políticas ambientais, ou o descumprimento deste tipo de norma, acarreta a responsabilidade do Estado e dos indivíduos.

Neste ponto, Soares esclarece que a inatividade discricionária do Estado deve ser considerada uma agressão ao meio ambiente. E o Estado como causador da degradação ambiental responde objetivamente, pois os bens ambientais são *res omnium*. Quando verificada a omissão, a reparação do dano ambiental ensejará uma obrigação de fazer do Estado, com fulcro no § 3º, art. 225, da Carta Magna, que prevê que as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.<sup>501</sup>

Na opinião de Dallari, o fato de estar sendo atribuída aos direitos fundamentais a condição de imediatamente exigíveis, impede que tais direitos figurem apenas nas Constituições como vistoso aparato formal, sem condições de efetividade para a maioria das pessoas, como aconteceu com muitas Constituições dos séculos dezenove e vinte.<sup>502</sup>

Interpretando-se sistematicamente os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 5º, e o § 4º, inciso IV, do art. 60, da Constituição, conclui-se que todas as normas decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela, ou os tratados que versem sobre direitos humanos devem ser incorporados imediatamente no ordenamento interno, por representarem também normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Tais direitos ainda representam cláusulas pétreas da Lei Maior, sendo vedada a deliberação de proposta de emenda tendente a aboli-los.

Nestes termos, Marum endossa essa posição, e defende a integração imediata dos tratados e convenções internacionais, que versem sobre meio ambiente, no sistema constitucional pátrio; e ainda que as normas estabelecidas naqueles instrumentos, conseqüentemente, estarão incluídas no rol de direitos e garantias vigentes no País, adquirindo estatuta constitucional, com aplicabilidade imediata e característica de cláusula pétrea.<sup>503</sup> Sobre esse ponto, Mazzuoli defende que, em razão do que estabelece o § 4º, do art. 60, da Carta Magna, os tratados que versam sobre direitos humanos, após a sua ratificação, passam a ser insuscetíveis de denúncia, pois, se nem mesmo por emenda à Constituição esses acordos

---

<sup>501</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao meio ambiente sob a ótica dos direitos humanos e sua efetividade ante a omissão do Poder Público. *Boletim dos Procuradores da República*. São Paulo, v. 3, n. 31, p. 21-25, nov., 2000. p. 23-24.

<sup>502</sup> Dallari, *op. cit.*, p. 178-79.

<sup>503</sup> Marum, J. A. O. *Meio ambiente e direitos humanos*. *Op. cit.*, p. 134.

podem ser abolidos, não o poderá também por simples ato unilateral do Chefe do Poder Executivo.<sup>504</sup>

Cumpra esclarecer que as cláusulas pétreas impõem limites materialmente explícito à reforma constitucional, proibindo-se a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir, entre outros, os direitos e garantias individuais. Neste caso, Sarlet destaca que os direitos e garantias individuais referidos naquele dispositivo, incluem os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos). Para o autor, o importante seria a garantia de condições materiais mínimas existenciais, como fronteira demarcatória do conteúdo essencial (mínimo) dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional.<sup>505</sup>

Por seu turno, Bello Filho sustenta que todos os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição não são normas programáticas, carentes de vinculatividade e normatividade. O autor explica que “isto porque a todos os direitos fundamentais – *ipso facto* a todas as normas constitucionais de direitos fundamentais atributivas ou não de direitos subjetivos fundamentais – está estabelecida a eficácia plena e a aplicabilidade imediata, tornando todos os direitos auto-aplicáveis por intermédio da eficácia plena de suas normas.”<sup>506</sup>

O autor assevera que enunciado normativo do artigo 225 da Constituição é uma norma de direito fundamental, que atribui um direito subjetivo fundamental a determinados titulares, o que implica na extensão dos efeitos do artigo 5º, § 1º a seus institutos. Deste modo, o próprio texto constitucional afastaria a característica de programaticidade, e determina a eficácia plena e a aplicabilidade imediata daquele artigo, impondo-lhe vinculatividade e normatividade.<sup>507</sup>

Finalmente, entende-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se caracteriza como um direito fundamental, normalmente classificado como de terceira dimensão; os direitos estabelecidos nos tratados que cuidam da defesa daquele direito devem ser equiparados aos direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição Federal; as normas que o asseguram devem ter a sua aplicabilidade imediata e, por último, tal direito representa uma cláusula pétreia da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em razão de este trabalho focalizar sobretudo a questão da eficácia das normas jurídicas em seus variados aspectos, no próximo subitem, tratar-se-á de forma concisa da

---

<sup>504</sup> MAZZUOLI, Valério. *Direitos humanos e cidadania: à luz no novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002. p. 94.

<sup>505</sup> Sarlet, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 367; 372.

<sup>506</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 246.

<sup>507</sup> Idem, p. 247.

validade, vigência e da eficácia de tais normas para, em seguida, realizar-se um aprofundamento do tema da eficácia das normas ambientais.

## **2.4 Notas técnicas acerca da validade, vigência e eficácia das normas jurídicas**

A respeito da validade das normas jurídicas, a doutrina aponta a existência de duas teorias, baseadas na teoria kelseniana, que são as teorias estática e dinâmica. Segundo a *teoria estática*, o Direito afigura-se um sistema de normas, estudado em seu estado de repouso. Nele as normas são confrontadas entre si, numa unidade coerente e sistemática, sob o enlace dedutivo de preceitos normativos e da norma básica, mostrando o uno (sistema) no múltiplo (pluralidade de normas). Já de acordo com a *teoria dinâmica*, o Direito é estudado em movimento, seu objeto é o processo jurídico em que é produzido e aplicado, apenas interessando à ciência jurídica os atos de produção e aplicação do Direito, enquanto formam o conteúdo das normas.<sup>508</sup>

Dallazem afirma que a teoria estática do direito empobrece a análise da coerência e da unidade, e ainda não permite emoldurar o sistema na sua função precípua de ordenação da sociedade, realizada por meio da produção e da aplicação das normas jurídicas. Assim, o autor entende que a teoria em questão é, contudo, importante para identificar no direito um sistema de normas. Todavia, as implicações decorrentes da produção e aplicação das normas jurídicas - que é objeto da teoria dinâmica - é que representam as principais problemáticas dos aplicadores do direito e da própria ciência jurídica.<sup>509</sup>

Hans Kelsen via o Direito como um sistema de normas com caráter dinâmico, e, para ele, a validade da norma confunde-se com a sua existência. Assim, para o autor, norma válida é aquela que pertence a determinado sistema, ou seja, que existe juridicamente. Neste caso, a norma não se confunde com eficácia, pois a validade está na ordem do dever-ser, e a eficácia, na do ser. Além disso, o fundamento de validade para uma norma seria uma outra norma hierarquicamente superior, e o fundamento de validade de todas as normas, inclusive da Constituição, seria a norma hipotética fundamental.<sup>510</sup>

---

<sup>508</sup> Dal Col, *op. cit.*, p. 14.

<sup>509</sup> Dallazem, *op. cit.*, p. 138-39.

<sup>510</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A validade da norma jurídica. In: LOTUFO, Renan *et al.* *A validade e a eficácia das normas jurídicas*. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 66.

Contudo, na prática, a unidade do sistema do Direito positivo é estabelecida pela Constituição Federal, que representa fundamento de validade de todas as outras normas. Assim, a norma hipotética fundamental poderá ser apenas considerada o fundamento último de validade do sistema jurídico apenas no plano epistemológico.

Pelo princípio da supremacia constitucional, as normas do ordenamento jurídico brasileiro têm como fundamento último de validade, sob o *aspecto formal*, a Constituição Federal de 1988. Nestes termos, as normas do ordenamento devem ser criadas sob os parâmetros formais enunciados pela Carta Magna, devendo tais normas, ainda, observar a Constituição sob o *aspecto material*, já que o conteúdo das normas deve respeitar os preceitos constitucionais. Acrescente-se que, quando houver incompatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, estará caracterizada a inconstitucionalidade daquelas.

Bobbio, por sua vez, esclarece que o ordenamento jurídico assume uma estrutura piramidal e hierárquica, como ocorre na teoria kelseniana, mas, para ele, a base da norma fundamental está fora do sistema jurídico, e é representada pelo poder coercitivo. Neste caso, a norma fundamental legitima o poder constituinte a exercer a força, não como norma pressuposta (kelsen), mas como uma norma posta por um ato de poder. Para o autor italiano, a norma válida é a que pertence ao sistema, conforme o mesmo entendimento de Kelsen sobre esse ponto, divergindo apenas com relação à norma fundamental.<sup>511</sup>

De outro vértice, Alf Ross, autor adepto do realismo jurídico, propõe o estudo do direito em termos de efetividade. De acordo com este autor “o direito vigente é o conjunto das normas que são obedecidas, posto que são “vividas (*experienced and felt*) como socialmente obrigatórias”<sup>512</sup> Neste caso, Lotufo explica que a teoria do realismo jurídico se inspira na realidade social em que o Direito se forma e se transforma, e também no comportamento dos homens que fazem ou desenvolvem regras de condutas que os governam. Para os adeptos desta teoria, há supremacia da eficácia sobre a justiça e a validade da norma jurídica.<sup>513,514</sup>

<sup>511</sup> Idem, p. 69.

<sup>512</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997. p. 41.

<sup>513</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Justiça, validade e eficácia. In: LOTUFO, Renan *et al.* *A validade e a eficácia das normas jurídicas*. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 52.

<sup>514</sup> Neste ponto, Leite assinala que “Bobbio aponta que o realismo jurídico é sustentado em três momentos históricos distintos: o primeiro, pela Escola Histórica do Direito, do jurista alemão Friedrich Karl von Savigny; o segundo, pelo movimento chamado de concepção sociológica do direito, que surgiu em decorrência da defasagem que vinha ocorrendo, sobretudo a partir da Revolução Industrial, entre a lei escrita nos códigos (direito válido) e a realidade social (direito eficaz); o terceiro, considerado o movimento mais radical contra o formalismo jurídico, encontra solo fértil nos ordenamentos da *common law*, especialmente na concepção realista do direito norte-americano (jurisprudência sociológica de Roscoe Pound) dos últimos decênios, tendo em Oliver Wendell Holmes seu precursor.”<sup>514</sup> In: Leite, C. H. B. *Justiça, validade e eficácia*. *Op. cit.*, p. 53.



Com relação à teoria de Alf Ross, sobretudo na sua identificação da validade com a eficácia, Pimenta afirma que tais fenômenos não se equivalem. O autor argumenta que “[...], Ross admite existir uma relação sintática entre normas derivadas e constitucionais, mas não explica como isso afeta a validade, visto que esta significa efetividade.”<sup>515</sup>

No Brasil, para uma norma ser considerada válida, deverá pertencer ao ordenamento jurídico, onde o seu processo de formação e produção deve estar de acordo com as diretrizes e requisitos do próprio ordenamento. A validade da norma está condicionada, dessa forma, ao fato de a sua criação ter sido feita por uma autoridade competente, e mediante processo legislativo específico.

Santi define validade como “[...] a qualidade de norma jurídica pertencer a dado sistema jurídico positivo, em decorrência de haver sido introduzida por fato jurídico suficiente para sua edição.”<sup>516</sup> Para Dallazem, validade é a “[...] qualidade da norma que obedeceu aos critérios formais e materiais de ingresso no sistema do direito positivo.”<sup>517</sup> Contudo, segundo o autor, esse conceito é insuficiente para as situações de inconstitucionalidade, já que é atribuição do Supremo Tribunal Federal, em última instância, a função de *dizer* se as normas são válidas ou inválidas, quando contrastadas com a Constituição da República Federativa do Brasil. Esta função também é conferida ao Superior Tribunal de Justiça, se o contraste é com relação à legislação infraconstitucional.

Assim, conclui-se que uma norma pode pertencer ao sistema jurídico independentemente de sua validade, pois ela será considerada como tal até a sua verificação da inconstitucionalidade pelo órgão julgador competente. Mas, antes da declaração de inconstitucionalidade as normas não podem ser consideradas inválidas; e mesmo que o seja deve-se cogitar a possibilidade de manutenção de sua aplicação em situações anteriores àquela declaração, conforme análise do caso concreto.

Em termos práticos, Lotufo ensina que, para se saber sobre a validade de uma norma, é necessário se comprovar, cumulativamente: se a autoridade que a promulgou detém o poder legítimo para realizar tal tarefa; se essa autoridade tem competência *ratione materiae* para editá-la; se a norma não foi revogada de forma expressa por outra norma; se há incompatibilidade com outras normas do sistema, configurando-se, dessa forma, revogação implícita ou tácita, sobretudo na hipótese de haver uma norma hierarquicamente superior ou com uma norma posterior; e, por último, se se observou o processo legislativo (*due processo*

---

<sup>515</sup> Pimenta, *op. cit.*, p. 85.

<sup>516</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Validade, vigência, eficácia e aplicação das normas jurídicas. Direito. Programa de pós-graduação em Direito - PUC/SP. São Paulo, n.2, p. 131-53, 1995. p. 141.

<sup>517</sup> Dallazem, *op. cit.*, p. 135.

*of law*).<sup>518</sup> Cavalieri Filho assinala que a validade está relacionada ao atendimento de todos os seus elementos essenciais para a formação da norma. Nestes termos, o autor afirma que

Quando queremos saber se uma coisa é válida ou não, devemos examinar seus elementos. Se todos os elementos essenciais estiverem presentes, ela será válida. Por elementos essenciais entendem-se aqueles requisitos que constituem a própria essência ou substância da coisa, sem os quais ela não existiria; é parte do todo.<sup>519</sup>

Enfim, atendidos todos os elementos essenciais para a formação da norma jurídica ela será considerada válida, e - após o cumprimento dos aspectos formais para a sua entrada em vigor - ela estará apta a produzir efeitos jurídicos. Assim, o termo *vigência* representa a existência específica de uma norma. De acordo com Dal Col, uma norma válida pode não ser vigente em dado momento, mas toda norma vigente é necessariamente válida, já que a validade é sinônimo de integração ao ordenamento, e este é pressuposto para a vigência.<sup>520</sup> Deste modo, para se descobrir se uma norma jurídica é vigente, deve-se checar os seus requisitos de formação, que conferirão à mesma os atributos de uma norma válida.

Pelá ensina que “viger é ter força para reger as condutas inter-humanas sobre as quais a norma incide. Vigência é uma propriedade da norma jurídica que está pronta para propagar efeitos assim que ocorrem os fatos previstos em suas hipóteses.”<sup>521</sup>

Silva define vigência como “a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da norma jurídica.”<sup>522</sup> Para o autor, a vigência apresenta-se como uma condição de efetivação da eficácia, apesar de que, para algumas normas, além da vigência, exige-se uma outra norma integrativa para conferir à primeira a eficácia plena.

No Brasil, as normas jurídicas nascem, ou passam a existir, com a promulgação, começando a vigorar, ou ter obrigatoriedade, com a sua publicação no Diário Oficial. Contudo, a obrigatoriedade da norma não se inicia necessariamente na data da sua publicação. Isto porque a norma normalmente determina a data em que ela se tornará obrigatória.<sup>523</sup> Nestes termos, a Constituição e as demais normas do ordenamento jurídico possuem a

<sup>518</sup> Leite, C. H. B. *Justiça, validade e eficácia*. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>519</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 80.

<sup>520</sup> Dal Col, *op. cit.*, p. 18.

<sup>521</sup> PELÁ, Carlos. O ordenamento e as normas institucionais. In: LOTUFO, Renan *et al.* *A validade e a eficácia das normas jurídicas*. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 100.

<sup>522</sup> Silva, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>523</sup> Ver o Decreto n. 4.176/2002 que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências.

chamada cláusula de vigência, que determina o momento em que ela começará a vigorar e, com isso, tornar-se apta a produzir os seus efeitos.

Quando não houver disposição sobre o assunto, haverá um intervalo, entre a data da sua publicação e sua entrada em vigor, chamado de *vacatio legis*, cuja duração, pelo prazo único, é de 45 dias após sua publicação.<sup>524</sup> Sobre esse ponto Silva esclarece que *vacatio legis* é o período que vai da publicação do ato promulgatório, até a efetiva entrada da lei em vigor. E, durante esse período, continuam em vigor as normas anteriores reguladoras da mesma matéria, e os atos praticados na sua conformidade serão considerados válidos.<sup>525</sup>

Em regra, a norma em vigor tem efeito imediato e geral, valendo para o futuro, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Assim, com a vigência a norma passa a existir juridicamente, ou seja, torna-se obrigatória para todos os destinatários.

De outro vértice, com relação às repercussões sociais de uma norma jurídica, de acordo com Sabadell estas podem ser vistas sob três perspectivas: a) *efeitos da norma*, ou seja, qualquer repercussão social que a norma produza, como decisões tomadas por uma empresa em virtude de uma lei; b) *eficácia da norma*, representada por um grau de cumprimento da norma dentro da prática social. Neste caso, a norma será eficaz quando for respeitada por seus destinatários ou quando a sua violação é efetivamente punida pelo Estado;<sup>526</sup> e c) *adequação interna da norma*, que diz respeito à capacidade da norma em atingir, na prática, o fim social estabelecido pelo legislador.<sup>527</sup> No que concerne à eficácia normativa, Santi afirma que

Eficácia é qualidade de produzir efeitos mediatos e imediatos advindos da incidência. Se a norma incide, juridicizando o fato, dizemos que essa norma jurídica tem (i) *eficácia legal*; se esse fato jurídico enseja a produção de efeitos, i.é, relações jurídicas, então, diz-se que tem (ii) *eficácia jurídica*, além disso terá (iii) *efetividade* se desta prescrição normativa decorrer coincidência no universo do comportamento social.<sup>528</sup>

<sup>524</sup> Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 1º.

<sup>525</sup> Silva, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>526</sup> Neste caso, a autora afirma que “Uma pesquisa empírica pode estabelecer matematicamente o grau (a porcentagem) de eficácia de uma norma. Neste caso, o sociólogo do direito busca identificar a ‘quota de eficácia’. Segundo o modelo elaborado pelo sociólogo do direito alemão Theodor Geiger (1891-1952), a quota de eficácia é igual à relação entre eficácia e ineficácia. A eficácia abrange os casos de cumprimento da norma ou de sanção imposta em caso de incumprimento. A ineficácia compreende os casos em que a norma não foi obedecida e não houve imposição de sanção (...)” In: SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 58.

<sup>527</sup> Sabadell, *op. cit.* p. 57-58.

<sup>528</sup> Santi, *op. cit.*, p. 135.

Neste caso, o autor argumenta que sem suporte fático não há de se falar em eficácia legal, em fato jurídico, nem tampouco em eficácia jurídica.<sup>529</sup> Segundo Dal Col, “a eficácia, no sentido jurídico, diz respeito com a capacidade da norma de produzir efeitos. Essa capacidade possui larga faixa de incidência, podendo ser total ou parcial e, ainda, cabendo falar-se em normas que são apropriadas a produzir efeitos mais ou menos intensos e relevantes.”<sup>530</sup>

Toda norma produz efeitos, no sentido de alterar de alguma forma o meio social, e a eficácia representa um dos efeitos atribuídos à norma jurídica. Tais efeitos podem ser positivos ou negativos. Porém, Castro adverte que eficácia e efeito não coincidem necessariamente. Isso porque toda norma implica efeito social que poderá traduzir sua eficácia ou não.<sup>531</sup> Sobre esse ponto, Sabadell comenta que mesmo uma norma ineficaz não é destituída de importância social, pois as normas que muitas vezes não possuem aplicação prática entram em vigor para veicular uma mensagem a respeito das intenções políticas do legislador, exercendo, dessa forma, uma função pedagógica, a fim de destacar valores e sensibilizar a sociedade.<sup>532,533</sup>

Assim, a eficácia significa a qualidade da norma de produzir efeitos mediatos e imediatos, provenientes da sua condição de norma vigente. Normalmente, a eficácia é classificada como *técnica*, representando a qualidade da norma que permite que os fatos ocorridos se submetam ao conteúdo da lei, conferindo juridicidade ao fato. A eficácia pode ser *jurídica*, no sentido de a norma apresentar-se apta a produzir efeitos jurídicos; e, ainda, a eficácia pode ser *social* ou significar *efetividade*, que representa a realização do conteúdo normativo no plano dos fatos, ou a conformidade da conduta à norma jurídica. Sarlet, por seu turno, define eficácia jurídica como

[...] a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade.<sup>534</sup>

<sup>529</sup> Idem, p. 135-36.

<sup>530</sup> Dal Col, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>531</sup> CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia aplicada ao direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 99-104.

<sup>532</sup> Sabadell, *op. cit.*, p. 59.

<sup>533</sup> A autora observa, com relação à norma, que “além da adequação interna entre fins e resultados, uma norma poderá, também, ser avaliada do ponto de vista externo ao sistema jurídico. Neste caso, os resultados obtidos através da sua aplicação e os objetivos do legislador são avaliados segundo critérios de ‘justiça’.” Sabadell exemplifica este caso com lei que fixa um salário mínimo de R\$ 151,00, fato este contrário aos critérios de justiça social, isto é, apesar de corresponder à vontade do legislador e à política econômica do governo. Neste caso, porém, o juízo de valor sobre a adequação externa da norma pertence ao campo da filosofia do direito, e não faz parte da observação do direito positivo, realizada pela sociologia jurídica. In: Idem, p. 59.

<sup>534</sup> Barcellos, *op. cit.*, p. 214.

O autor ainda sustenta que na Lei Fundamental não existem declarações destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficaz.<sup>535</sup> Nestes termos, Barcellos destaca que a apuração da eficácia jurídica das normas é realizada mediante trabalho exclusivamente hermenêutico.<sup>536</sup>

A sociologia jurídica emprega o termo *eficácia* para designar uma norma que cumpre seus efeitos no plano dos fatos. Trata-se da chamada eficácia social da norma jurídica. Sobre esse assunto, Silva comenta que

A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”.<sup>537</sup>

No mesmo sentido, Castro explica que

A eficácia pode, por exemplo, significar que a norma veio ao encontro dos anseios grupais para equacionar e resolver um problema. Pode, outrossim, traduzir simples temor de punições, resposta ao que foi apresentado como contribuição para o bem comum ou ainda alienação inculcada de modo mistificado pelos detentores do poder.<sup>538</sup>

Destarte, não obstante as variadas classificações ou conceituações do termo *eficácia*, para o presente trabalho, utilizar-se-á a noção de *eficácia jurídica*, como aquela qualidade inerente a todas as normas válidas, com possibilidade jurídica de produzir efeitos; e, cuidar-se-á, sobretudo, da *eficácia social* relativa à aptidão normativa para realizar os seus efeitos no plano dos fatos, ou no âmbito da vida em sociedade.

## 2.5 Fatores de eficácia normativa: Um problema sistêmico do mundo pós-moderno

Inicialmente, alguns fatores ou causas técnicas podem ser atribuídos à carência de eficácia das normas jurídicas. Sobre esse assunto, Cavalieri Filho aponta como uma das possíveis causas de ineficácia a *desatualização* da lei, no sentido da existência de leis estáticas num mundo real, que se encontra em constante movimento, ou mudanças; gerando, dessa

<sup>535</sup> Sarlet, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 232.

<sup>536</sup> Barcellos, *op. cit.*, p. 236

<sup>537</sup> Silva, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 65-66.

<sup>538</sup> Castro, C. A. P. *Sociologia aplicada ao direito*. *Op. cit.*, p. 104.

forma, um problema que requer a reformulação de algumas normas que não mais se ajustam à realidade atual.<sup>539</sup>

Nesse sentido, Castro comenta que o processo de racionalização ocorreu em função do desenvolvimento histórico da sociedade e, neste caso, o autor defende que as normas devem se harmonizar com a dinâmica social, a fim de se evitar uma *demora cultural* (*culturallag*), que, por sua vez, esteriliza o Direito positivo. Isso porque, a formalização da norma cristaliza um comportamento não permanente nas transformações sociais.<sup>540</sup>

A segunda causa de ineficácia das normas jurídicas, apontada por Cavalieri Filho, é o *misoneísmo*, ou seja, a “aversão sistemática às inovações ou transformações do *status quo*”. Neste caso, velhos costumes e privilégios de grupos configurar-se-iam como obstáculos à aplicação ou mesmo elaboração das leis. E, enfim, o autor apresenta como terceira causa de ineficácia a *antecipação da lei à realidade social existente*. Aqui, por exemplo, o legislador reportaria para a realidade brasileira uma norma similar, que funciona muito bem noutro país, mas que não se adapta ao nosso, em função da inexistência de suporte social ou correspondência com a realidade.<sup>541</sup>

Destaque-se, que a norma poderá surtir efeitos negativos no âmbito social. Neste caso, a própria ineficácia representa um desses efeitos. Além disso, como efeito negativo das normas, ainda há a *omissão da autoridade* em aplicá-la, e a falta estrutura adequada à sua aplicação. Nestes termos, Cavalieri Filho comenta que, com a omissão da autoridade em aplicar a lei - por desídia, incompetência ou irresponsabilidade - a disciplina imposta pela norma se enfraquece, perdendo, dessa forma, a sua função preventiva e punitiva, já que quem transgredir a lei e não recebe a punição devida sente-se encorajado a repetir a transgressão, além de encorajar outras pessoas a seguir o seu comportamento.<sup>542</sup> Observa-se que a falta de estrutura adequada à aplicação da norma, também representa um fator de ineficácia das normas jurídicas, que faz com que estas não atinjam seus objetivos sociais, pela falta de meios materiais ou humanos para uma eficiente aplicação do Direito.

Atualmente, a realidade brasileira, no âmbito jurídico-social, se apresenta basicamente da seguinte forma: as normas são transgredidas - também em função de não serem devidamente observadas ou aplicadas pelas autoridades públicas - e esse fato público e notório termina por contribuir para a ineficácia das mesmas e, conseqüentemente, para a desorganização e desequilíbrio social.

---

<sup>539</sup> Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 84.

<sup>540</sup> Castro, C. A. P. *Sociologia aplicada ao direito*. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>541</sup> Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 84.

<sup>542</sup> *Idem*, p. 89-92.

De acordo com Castilho, conforme pesquisa acerca da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, a maior parte das causas ambientais, situam-se nos Estados mais desenvolvidos (Estados do Sul-Sudeste ou zonas litorâneas do Nordeste); e nas sociedades mais esclarecidas, mais bem informadas, com serviços públicos mais organizados. Segundo o autor, as causas de desmatamento/abate/derrubada de árvores estão localizadas nas regiões do Sul e Sudeste com incidências isoladas no Nordeste. Ademais, muito poucas causas são propostas na Região Amazônica ou Centro-Oeste onde se sabe da grande atividade de violação da floresta, da caça ilegal e de incêndios para limpeza da terra e preparo de pastagens. Para ele, esse fato seria atribuído à falta não só da presença concreta da Administração, mas também pela falta de educação formal e informação pública que divulguem as ocorrências, os fatos e as suas conseqüências.<sup>543</sup>

Nesse caso, as autoridades competentes para a fiscalização e aplicação das leis, assumem grande responsabilidade na conscientização e na educação por meio da própria realização do comando normativo, já que - se o destinatário da norma ter o seu comportamento condicionado por meio de um sistema efetivo de fiscalização e sanção - ele *aprenderá* ou *será educado* no sentido de se enquadrar ao comando presente na norma jurídica. Ao contrário, a impunidade emite a mensagem a toda a coletividade de que a norma transgredida não acarreta conseqüências relevantes, em razão da ineficiência do sistema judiciário, administrativo e/ou policial.

Numa outra perspectiva, existem alguns fatores que, de modo geral, são apontados como ativadores da eficácia das normas em dado sistema jurídico. Sabadell chama-os de fatores instrumentais. Estes dependem dos órgãos de criação e aplicação do Direito como, por exemplo, a divulgação adequada à população do conteúdo da norma, para que os destinatários tenham conhecimento efetivo das mesmas; o aperfeiçoamento técnico desta, com redação clara e precisa do tema a ser normatizado; realização de estudos preparatórios a ser legislado, realizado normalmente por comissões de preparação de anteprojetos, as estatísticas, as pesquisas de institutos especializados, estudos sobre os custos e a infra-estrutura etc.<sup>544</sup>

---

<sup>543</sup> CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Interpretação judiciária da norma ambiental: uma tentativa de sistematizar a orientação da jurisprudência brasileira em matéria ambiental, para definir os critérios de interpretação. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito Ambiental em evolução*. V. 1. Curitiba: Juruá, 2005. p. 165-66.

<sup>544</sup> Sabadell, *op. cit.*, p. 62-63. Entre os fatores instrumentais ainda está: a preparação dos operadores jurídicos que aplicam a norma; a previsão de sanções ou vantagens na elaboração das regras, a fim de estimular a adesão dos cidadãos à norma em questão, funcionando como um estímulo ao cidadão e fator de eficácia normativa; a expectativa de conseqüências negativas, com a finalidade desencorajar o cidadão que tente burlar a lei que, muitas vezes, por falta de devida fiscalização dos órgãos públicos, ou *brechas* na Administração Pública, desenvolvem procedimento com o propósito de não cumprimento da norma.

Há ainda os fatores relacionados à situação social que, segundo Sabadell, são fatores ligados às condições de vida da sociedade em determinado momento e, neste caso, pode-se citar, por exemplo, a questão da *participação dos cidadãos* no processo de elaboração e aplicação das normas, como meio de envolvê-los e promover o respeito às metas políticas do Estado; a *coesão social*, considerada de suma importância para se evitar conflitos sociais, fortalecendo, dessa forma, a eficácia das normas; a *adequação da norma à situação política*, pois esse fator aumenta as chances dela ser cumprida; e, por último, a *contemporaneidade das normas com a sociedade*, evitando-se que as mesmas não sejam nem inovadoras, nem antiquadas, isto é, que apenas atendam às necessidades atuais da sociedade para a qual foi editada.<sup>545</sup>

Sobre esse ponto, Silva destaca que as leis contrárias às necessidades e tendências do ser humano tendem à ilegitimidade social e à desobediência generalizada, sendo substituídas por costumes alternativos. Deste modo, segundo o autor, como solução para as questões ambientais, deve-se criar hábitos, costumes e valores ambientalmente corretos e adequados à natureza, à necessidade e às tendências imutáveis do ser humano, e, ao mesmo tempo, capacitá-los efetivamente, com o propósito de suprir suas necessidades básicas.<sup>546</sup>

Konrad Hesse sustenta que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.”<sup>547</sup> No entanto, essa pretensão de eficácia seria inseparável das circunstâncias históricas de sua realização, numa relação de interdependência. Deste modo, Hesse afirma que

Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.<sup>548</sup>

Todavia, o autor destaca que a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização, já que tal pretensão estaria associada a essas condições como elemento autônomo. Para ele, a Constituição apresenta-se como a expressão de um *ser* e ainda como um *dever ser*, significando mais do que um mero reflexo

<sup>545</sup> Idem, p. 63-65.

<sup>546</sup> SILVA, Américo Luiz Martins da. A eficácia das normas jurídicas ambientais. *Revista da Procuradoria Federal Especializada - INSS*. Brasília, v. 9, n. 1, p. 66-86, abr./jun., 2002. p. 80.

<sup>547</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 14-15.

<sup>548</sup> Idem, p. 15.



das condições fáticas de sua vigência (especialmente as forças sociais e políticas). É pela pretensão de eficácia que a Constituição procura produzir ordem e conformação à realidade política e social. Deste modo, ela seria determinada e determinante com relação à realidade social, num sistema em que a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser distinguidas; sendo impossível, contudo, definitivamente separá-las ou confundi-las.<sup>549</sup>

Com relação ao meio ambiente, Acsehrad entende que os conflitos ambientais tendem a aproximar-se progressivamente do espaço público, já que, segundo ele, na contracorrente do *pensamento único*, exercem pressões sobre o Estado, a fim de que este promova regulações que limitem a *colonização indiscutida do meio ambiente* pelos grandes empreendimentos, orientados por uma ortodoxia macroeconômica, que leva o país para o rumo da especialização na exportação de recursos naturais.<sup>550</sup>

É amplamente aceito doutrinariamente o fato de que a *estrutura econômica* representa um dos principais fatores que influenciam qualquer ordenamento jurídico. Esta estrutura interfere na formação do sistema de propriedade, na produção, as relações trabalhistas, entre outras, que acabam por determinar as condições de aplicação de determinadas normas estabelecidas nas leis.

O Direito é influenciado pelas mudanças que ocorrem na estrutura econômica de dada sociedade, e isso se deu, *v.g.*, com a instituição da escravidão na antiguidade; o servilismo na estrutura do regime feudal na Idade Média; assim como a instituição do sistema assalariado na moderna sociedade burguesa, que representam momentos históricos de definição da atividade econômica-base, que produziu grandes reflexos também no respectivo sistema jurídico, e na condição de cada cidadão no meio social. Karl Marx, por exemplo, concebia o Direito como reflexo exclusivo da estrutura econômica, configurando o materialismo histórico, onde o fator econômico era de fundamental importância no desenvolvimento da história da Humanidade.

A Revolução Industrial do século XVII deu origem a uma nova classe enriquecida pela posse de capitais mobiliários, em decorrência do enfraquecimento dos proprietários de terras. Assim, a burguesia passou a ser detentora do poder político, e o estabelecimento desta nova classe no poder representou uma transformação nos ordenamentos jurídicos que tiveram que se adaptar a nova realidade sócio-política. Após aquela Revolução, o Direito Civil se

---

<sup>549</sup> *Ibidem*.

<sup>550</sup> ACSELRAD Henri. As Práticas Espaciais e o Campo dos Conflitos Ambientais. In: ACSELRAD Henri *et al.* *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004. p. 29.

ramificou em Direito Comercial, Direito do Trabalho, Direito Econômico etc., ramos estes que, com o tempo, adquiriram sua autonomia.<sup>551</sup>

Tratando das clássicas e liberais declarações de direitos, Bonavides comenta que estas têm caráter universalista na forma, mas são individualistas na substância. Isto porque não se poderia desprender materialmente de seu teor e compromisso de classe, já que a classe anterior era sublevada e revolucionária. Segundo o doutrinador, a burguesia do século XIX triunfou, estabeleceu-se conservadora com os seus códigos, a sua legalidade, o seu jusnaturalismo de retórica de museu, o seu racionalismo positivista, inspirando-se no dogma individualista das Constituições liberais.<sup>552</sup>

No âmbito brasileiro, Acselrad observa que, do pós-guerra aos anos oitenta, ocorreram grandes projetos de apropriação do espaço implementados pelo Estado desenvolvimentista, promovendo-se uma ampliação dos espaços integrados à dinâmica do desenvolvimento capitalista (grandes obras de infra-estrutura, grandes barragens, projetos de mineração e irrigação para agroindustrialização), e aceleração dos ritmos do ciclo industrial de extração de materiais/emissão de efluentes e resíduos; concentrando-se renda e promovendo-se a exportação, sobretudo de produtos com elevado valor energético. Segundo o autor, a consequência disso foi a desestruturação de ecossistemas, assim como da vida dos pequenos produtores, populações ribeirinhas e deslocados compulsórios.<sup>553</sup>

Acselrad ainda destaca que os conflitos ambientais eclodiram quando os despossuídos passaram a reclamar, após a ditadura, maior acesso aos recursos como água, terra fértil, estoques pesqueiros etc. Nos anos noventa, ocorreu a manutenção e mesmo elevação dos padrões de desigualdade de poder sobre os recursos ambientais. Nesse contexto, sob o argumento da necessidade de produzir divisas a qualquer custo, todo esforço de politização dos conflitos ambientais como meio de problematizar as escolhas de desenvolvimento foi, normalmente, apresentado como uma barreira ao cumprimento das metas relativas às contas externas, ou ao próprio ânimo desenvolvimentista.<sup>554</sup>

Em razão disso, as forças hegemônicas buscam consagrar na agenda pública as tecnologias do consenso, caracterizadas pelo encobrimento dos litígios e pelo *desaparecimento da política*. Tais tecnologias seriam formuladas para caracterizar todo litígio como problema a ser eliminado. Assim, o conflito remanescente normalmente será visto como o resultado da carência de capacitação para o consenso, e não como expressão de diferenças

---

<sup>551</sup> Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 31.

<sup>552</sup> Bonavides, *op. cit.*, p. 225.

<sup>553</sup> Acselrad, Henri. *As Práticas Espaciais e o Campo dos Conflitos Ambientais*. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>554</sup> *Idem*, p. 27-28.

reais entre atores e projetos sociais, a serem trabalhadas no espaço público. Tratar-se-iam, deste modo, de consensos simbólicos que são imprescindíveis para as políticas de atração de investimentos internacionais.<sup>555</sup> Sobre esse assunto, o autor acrescenta que

E a necessidade de oferecer vantagens para os capitais internacionais - consenso social, segurança, sustentabilidade ecológica - justifica que a especificidade dos projetos em disputa seja ofuscada em favor da unidade requerida pela competição interlocal ou interurbana. Assim, os conflitos que opõem as populações atingidas pelas monoculturas de exportação aos projetos de expansão indiscriminada das áreas de plantio ou que levam os pescadores artesanais a protestar contra os impactos destruturantes da prospecção de petróleo em águas marinhas tenderão a ser apontados no espaço público como exemplos de “restrições ambientais ao desenvolvimento”.<sup>556</sup>

No mesmo sentido, Flávia Piovesan explica que o processo de globalização econômica hoje se traduz em medidas econômicas neoliberais voltadas para a reforma e a estabilização de economias consideradas emergentes. Nas palavras da autora, aquele processo

[...] tem por plataforma o neoliberalismo, a redução das despesas públicas, a privatização, a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para a eliminação do déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior. Há a crescente internacionalização da produção e a criação de mercados mundiais integrados.<sup>557</sup>

Nestes termos, os Estados devem se adequar ou se adaptar às exigências mercadológicas e não o contrário. Piovesan ainda comenta que a globalização econômica vem aprofundando as desigualdades sociais, e com ela a pobreza absoluta e a exclusão social. Para a autora “os mercados têm se mostrado incompletos, falhos e imperfeitos. De acordo com o relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a integração econômica mundial tem contribuído para aumentar a desigualdade.”<sup>558</sup>

O aumento das desigualdades sociais leva inevitavelmente à prosperidade de uns e à miséria de outros, pela simples falta de condições de desenvolvimento pessoal e/ou

<sup>555</sup> Ibidem, p. 28-29.

<sup>556</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>557</sup> Piovesan, *op. cit.*, p. 181.

<sup>558</sup> Para esta autora “A diferença de renda entre os 20% mais ricos da população mundial e os 20% mais pobres, medida pela renda nacional média, aumentou de 30 para 1 em 1960 para 74 em 1997. (181) Adiciona o relatório que, em face da globalização assimétrica, a parcela de 20% da população mundial que vive nos países de renda mais elevada concentra 86% do PIB mundial, 82% das exportações mundiais, 68% do investimento direto estrangeiro e 74% das linhas telefônicas. Já a parcela dos 20% mais pobres concentra 1 % do PIB mundial, 1 % das exportações mundiais, 1 % do investimento direto estrangeiro e 1,5% das linhas telefônicas. Acrescente-se que o próprio Banco Mundial reconheceu, em relatório recente, que a pobreza tem crescido em virtude da globalização econômica. De acordo com o relatório do BIRD, no período de maior adesão ao neoliberalismo aumentaram a pobreza e o protecionismo em escala internacional.” In: Idem, p. 181-82.

oportunidades. Aqui, não se deve avaliar o desempenho individual no sentido de *mérito* pessoal de cada cidadão, pois as condições numa sociedade desigual não permitem tal avaliação. A desigualdade social brasileira afronta os direitos humanos/fundamentais da maioria dos cidadãos, além de fomentar a deficiência na promoção da defesa do meio ambiente. Assim, para o fiel cumprimento das normas ambientais, o Estado deverá tomar determinadas medidas que confirmem condições, sobretudo às comunidades mais pobres, a fim que tais normas adquiram eficácia plena, ou possam ser concretizadas.

Esclarece-se que, com o estabelecimento de algumas empresas - como foi, por exemplo, o caso da Petrobrás que se instalou em Coari - as cidades ficam na expectativa de desenvolvimento regional e redução das desigualdades. Contudo, o desenvolvimento trazido pela indústria de petróleo e gás e os recursos dos *royalties* ainda têm dificuldades para chegar aos indicadores sociais dos municípios brasileiros que se destacam nessas atividades, trazendo investimentos para os municípios e, com eles, novos dilemas sociais e ambientais. Isto porque a aplicação dos recursos não se reverte em benefícios para a população da maioria dos municípios.<sup>559</sup>

Importante destacar ainda o exemplo de Macaé, Quissamã e Rio das Ostras, que estão entre os dez maiores PIBs per capita do Brasil, mas que registram indicadores sociais bem inferiores. Ademais, a exploração de gás e petróleo constitui atividade temporária e - se no tempo de ocorrência desta não houver melhorias nas condições de vida da população - a situação social tende a se agravar. Nestes termos, a dificuldade de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento regional, além da questão da globalização que desloca o processo de decisão para fora do Brasil, representam dois grandes complicadores da situação das cidades ou municípios brasileiros onde as empresas se instalam.<sup>560</sup>

Silva comenta que a globalização é essencialmente assimétrica, e em benefício de poucos. Por isso, questiona-se, por exemplo, a possibilidade de eficácia da norma contida no art. 25 da Lei nº. 9.985/2000, nas localidades em que os excluídos não têm onde morar e precisam cortar árvores, mesmo sem autorização do Poder Público, nas zonas de amortecimento de áreas de preservação permanente. Aqueles, em face das circunstâncias em que se encontram, utilizam-se das árvores para a construção de seus *barracos*.<sup>561</sup>

---

<sup>559</sup> CARTA CAPITAL. *Especial Petróleo e Gás*. Os dois lados do desenvolvimento: novas descobertas de jazidas trazem riqueza e esperança para centenas de cidades, mas esses avanços ainda estão longe de chegar aos indicadores sociais na maioria dos municípios, 29 de junho de 2005. p. 61.

<sup>560</sup> Idem, p. 62.

<sup>561</sup> Silva, A. L. M. *A eficácia das normas jurídicas ambientais*. *Op. cit.*, p. 76-77.

O autor sustenta que um novo entendimento do Estado de Direito permite a intervenção dos Poderes Públicos na economia, representando a tomada de posição em favor de certa e determinada ordem econômica a ser construída. Dessa forma, o Estado passaria da esfera de garantia dos limites do poder e respeito pela liberdade individual, a um programa normativo de realizações, fazendo cumprir as diretrizes traçadas por ele. Além disso, Silva entende que o sistema jurídico ambiental constituído apenas por normas interventoras de caráter proibitivo e repressivo não é apropriado para solucionar os gravíssimos problemas ambientais. Haveria também a necessidade de se implantar um sistema misto, o qual se possa aplicar normas ambientais de caráter orientador ou de prêmio, apoiadas em pontos de alto risco por normas ambientais de caráter proibitivo e repressivo.<sup>562</sup>

Por outro lado, Faria assinala que o Estado atualmente é “obrigado a desempenhar tarefas múltiplas, complexas e cada vez mais incongruentes entre si”. Isso em razão da “sociedade informacional”, da hegemonia do paradigma “pós-fordista” ou da “especialização flexível”, que ampliaram os níveis de fragmentação espacial da produção, de diferenciação sócio-econômica e de conflituosidade em suas fronteiras.<sup>563</sup> Nestes termos, o autor entende inplausível o princípio do “direito social”, já que este dependeria essencialmente do monopólio da titularidade legislativa do Estado-nação soberano, a fim de que se exija formalmente as obrigações dos agentes privados e instâncias do próprio setor público, num cenário em que o mercado se afirma sobre as jurisdições territoriais, envolvendo-as com sua normatividade policêntrica em escala mundial.<sup>564</sup> Assim, para ele

[...], as instituições de direito surgidas com a “economia-mundo” parecem desenvolver-se na perspectiva de uma regulação de caráter “neofeudal”. [...] Nesse cenário de fragmentação, como o Estado tem dificuldade para responder de modo padronizado, eficiente e coerente a demandas e pressões particularistas, como suas normas, gerais e abstratas, já não conseguem dar conta de um universo social caleidoscópico e como perdeu a capacidade de cumprir os termos do “contrato social”, assegurando garantias mínimas contra a necessidade e a vicissitude, em torno dos poderes locais é que estruturar-se-iam essas formas originais de organização social, esses padrões comunitários de regulação, esses modelos inéditos de gestão pública, os novos sujeitos políticos e os novos modos de expressão e afirmação dos ideais de igualdade, fraternidade e solidariedade.<sup>565</sup>

Faria sustenta que a insistência num modelo de Estado que adere ou realiza um “direito social” (intervencionista) corre o risco de que as comunidades sejam transformadas em “cemitérios industriais”; que sejam convertidas em cidades com a multiplicação dos

<sup>562</sup> Idem, p. 78-84.

<sup>563</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 128.

<sup>564</sup> Idem, p. 283.

<sup>565</sup> Ibidem, p. 327.

“excluídos”, num processo de desagregação da cultura local, e perda de identidade comunitária. E isso se daria pela ausência de uma base econômica capaz de criar empregos, gerar receitas tributárias e viabilizar financeiramente as tentativas de institucionalizar e/ou aprofundar formas originais ou incomuns de organização social.<sup>566</sup>

Contudo, entende-se que as relações sociais não devem ser guiadas em função dos agentes do mercado (ou pelas tendências ditadas por eles), já que - como se observou anteriormente quando se tratou das características da pós-modernidade e, dentro desta, da globalização econômica – essa premissa levaria a um sério colapso sócio-ambiental, tendo em vista que as benesses do capitalismo supracitadas restaram no âmbito teórico, beneficiando apenas uma minoria (elite), fato este mais evidente nos países em desenvolvimento, mas também presente em alguns países desenvolvidos, que atualmente colhem os frutos desse processo, como é o caso do sério problema que hoje atravessa os Estados Unidos com a sua política privada de planos de saúde, onde a população destituída de recursos deste país permanece em situação crítica com relação a esse assunto.

Destarte, a economia é um fator importantíssimo para o estabelecimento da eficácia das normas ambientais, no sentido que ela deve se ajustar ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e não o contrário. E o Estado deverá conduzir esse processo, de modo a garantir a eficiência e o respeito dos agentes econômicos e suas atividades a uma realidade mais igualitária, com maior qualidade de vida, - sobretudo para as camadas mais pobres da população, representadas normalmente por aqueles que são vítimas de manobras econômico-políticas, que visam mais às vantagens econômicas, do que propriamente a um salutar desenvolvimento da sociedade.

Tendo em vista as dificuldades de aplicação das normas ambientais num País marcado severamente pela desigualdade social e pela pobreza, onde muitas vezes falta à população condições para uma vida minimamente digna, Castilho comenta que a jurisprudência ambiental urbana aparentemente tem priorizado a saúde pública mínima como bem jurídico primário e elementar à vida, em face do bem jurídico ambiental. Segundo o autor, os Tribunais ainda tentam apenas garantir em juízo a sobrevivência à doença, ao desemprego, às más condições de saneamento e a outras tantas adversidades que assolam as populações urbanas.<sup>567</sup>

Destaca-se que recentes pesquisas demonstram que o funcionamento do Judiciário produz reflexos na ordem econômica. Armando Castellar Pinheiro, do Instituto de Pesquisa

---

<sup>566</sup> Ibidem, p. 329.

<sup>567</sup> Castilho, *op. cit.*, p. 158.

Econômica Aplicada - IPEA constatou o fato de que um sistema jurídico ineficiente reduz a taxa de crescimento de longo prazo em 25%. A explicação para isso seria o fato de que cabe à Justiça garantir o cumprimento de contratos, fator fundamental para o funcionamento da economia de mercado.<sup>568</sup>

Por seu turno, Martins entende que a eficácia da norma ambiental está ligada ao modelo de desenvolvimento social e econômico, que, por sua vez, tem por base a liberdade de apropriação privada e a circulação de mercadorias. Mas, para a autora, “essa especialização do aparelho judiciário corresponde a uma gestão do sistema, que enfrentará a pressão social específica e forte com um aparelho dirigido ao esvaziamento da pressão, sob pretexto de oferecer melhor garantia.”<sup>569</sup> Ela argumenta que os textos normativos oficiais produzem um efeito mais simbólico do que real, pois acabam numa retórica. E afirma que

Explicitar que o sistema político, social e econômico vem incorporando cada vez mais o discurso ecológico, empregando-o na construção de marketing, com vistas a abocanhar uma fatia do mercado, constituída de “cidadão-consumidor-bem-informado” (que tem um certo grau de consciência acerca da crise ecológica) é questão fundamental.<sup>570</sup>

De fato, o marketing ecológico é utilizado muitas vezes, mais em função do mercado, do que propriamente em razão da defesa do meio ambiente. E é por isso que muitas normas ambientais ficam destituídas de eficácia social, pois não conseguem se efetivar na prática, pela imposição e pelo poder de pessoas e corporações (nacionais e internacionais) que fazem prevalecer interesses de grupos econômicos refletindo-se, dessa forma, na desigualdade social e na degradação do meio ambiente.

Não se pode descartar, todavia, o papel dos textos normativos - sejam nacionais ou internacionais - para uma orientação ou educação no que afeta às questões ambientais. Nestes termos, Bonavides entende, por exemplo, que as declarações de direitos, apesar de terem um caráter simbólico, foram “a alavanca com que os princípios moveram a dialética social e a história.” Para o autor, os princípios ali enunciados “estabelecem o processo evolutivo da sociedade e determinam os progressos qualitativos das instituições.”<sup>571</sup>

---

<sup>568</sup> Oltramari observa que “Num estudo recente, os economistas Persio Arida, Edmar Bacha e André Lara Resende, pais do Plano Real, narram didaticamente como a incerteza jurídica atrapalha a formação de um mercado de crédito de longo prazo no Brasil, uma coisa essencial para o crescimento econômico.” In: OLTRAMARI, Alexandre. O raio X da justiça. In: *Revista Veja*. Edição 1904, ano 38, n. 19, 11 de maio de 2005. p. 47.

<sup>569</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. *Op. cit.*, p. 224.

<sup>570</sup> *Idem*, p. 232.

<sup>571</sup> Bonavides, *op. cit.*, p. 225.

De outro vértice, o poder político também produz significativas influências no sistema jurídico de determinada sociedade. Este poder é que determina as políticas públicas sociais, que terão importante reflexo na consecução dos direitos fundamentais mais básicos, já que é no âmbito político que as estratégias de governo são decididas e executadas, apresentando-se como um centro de poder que precisa ter uma orientação em busca do *bem comum*, este consubstanciado no art. 3º, da Constituição Federal de 1988, que apresenta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Quanto aos *fatores políticos* - que com o decorrer da história influenciaram o âmbito jurídico - pode-se citar como exemplos a Legislação de Sólon, na Grécia, significando a superação de uma questão social; a Lei das XII Tábuas, em Roma, que representou o estabelecimento de uma nova relação entre patrícios e plebeus; a Magna Carta, de 1215, na Idade Média; a Declaração dos Direitos do Homem e a Legislação Napoleônica, no mundo contemporâneo, frutos da Revolução Francesa entre outros.<sup>572</sup>

De acordo com Cavalieri Filho, conforme o regime que é instituído (monárquico, aristocrático, feudal ou democrático), o Direito e a sua dinâmica, apresentarão peculiaridades. Do mesmo modo, também a organização da família, a aquisição e o uso da propriedade, a livre iniciativa comercial ou econômica, as relações de emprego entre outras, variam seus aspectos em razão dos fatores políticos vigentes.<sup>573</sup>

No Brasil, a hipertrofia do Poder Executivo, herança da ditadura militar, apresenta-se como um entrave à eficácia das normas relativas ao meio ambiente. A edição desenfreada de Medidas Provisórias que suspendem e dão vigências a textos legais denotam o desequilíbrio entre os Poderes da União. Tratando da questão da revisão/reforma constitucional sob a alegação de suposta e e inarredável necessidade política, Hesse afirma que esse fato representa um perigo à força normativa da Constituição, já que

Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.<sup>574</sup>

Além desse problema sério, ainda atenta-se para o que Piovesan chama de “impacto transformador e desagregador da transnacionalização dos mercados sobre as

---

<sup>572</sup> Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 33.

<sup>573</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>574</sup> Hesse, K. *A força normativa da Constituição. Op. cit.*, p. 22.



estruturas político-institucionais”, no sentido de que as decisões são tomadas por órgãos multilaterais, e empresas multinacionais, substituindo-se as decisões da política pelo mercado.<sup>575</sup>

Este caso envolve questões de soberania e, mais especificamente, questões de interesses mercadológicos estrangeiros em detrimento dos interesses das populações dos Estados, ou das populações locais. Evidentemente que as transnacionais adotam a melhor estratégia na defesa dos *seus* interesses. Por seu turno, os Estados nacionais deveriam assumir a defesa dos interesses do seu território e dos seus cidadãos, no justo sentido de promover a distribuição de renda, e manter um ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.

Bonavides esclarece que a crise dos fenômenos políticos, entre outras, ainda não pôde sair da crise de sua formação. Segundo o autor,

A crise, segundo alguns, estalou há mais de dois mil anos, desde a decadência da polis grega; segundo outros, é fenômeno moderno, recente, quase concomitante ao suposto renascimento daquela disciplina científica, por obra do indefeso labor dos cientistas políticos norte-americanos, designadamente na segunda metade do século passado.<sup>576</sup>

Esclarece-se que, o Brasil não se caracteriza como um País em que o povo se insurge contra as injustiças ou a má administração governamental, por vezes isso ocorre, mas não é a regra como, por exemplo, em países como a França. De acordo com Dias, “a inércia do povo não é resultado de alienação ou de um suposto complexo ibero-americano. É um cálculo frio, muito político, de quem sabe bem o resultado da derrota.” Segundo o autor, quando existe alguma reação social, esta tende a ser prontamente reprimida, e sempre mal vista pela opinião pública em geral. Neste caso, exemplifica-se com a greve dos petroleiros, de 1995, que reivindicava o cumprimento de acordos trabalhistas, bem como representava reação à privatização do monopólio estatal do petróleo. Esta greve foi reprimida com tanques do Exército, quando o então presidente Fernando Henrique dizia ser representante da social-democracia brasileira.<sup>577</sup>

O cientista político Wanderlei Guilherme dos Santos comenta que há um custo embutido na ação coletiva para o caso desta ação não dar certo, ao contrário do que ocorre nos países “constitucionalizados democraticamente.” Segundo o autor, nestes, quando o movimento coletivo fracassa, os participantes mantêm o *status quo* anterior. Não pioram. Já

<sup>575</sup> Piovesan, *op. cit.*, p. 183.

<sup>576</sup> Bonavides, *op. cit.*, p. 264.

<sup>577</sup> DIAS, Maurício. *Atoleiro Brasil*. Revista Carta Capital de 8 de março de 2006. p. 12.

no Brasil, ocorrem demissões, repressão e assassinato. Assim, ele defende que é necessário um governo não só favorável às classes desfavorecidas (povão), do ponto de vista de políticas substantivas, mas favorável também do ponto de vista de política institucional, no sentido de que aquele tenha a possibilidade de “consumir direitos constitucionais”, o governo, nas suas três dimensões (Executivo, Legislativo e Judiciário), teria que se responsabilizar pela universalização no consumo dos direitos constitucionais no País.<sup>578</sup> Sobre esse ponto, Veronese afirma que

Não temos no Brasil, ainda, a cultura da cidadania participativa. Somos cidadãos que se deixaram “representar”. Não temos a consciência de acompanhar a votação ou a atuação de quem votamos. Não participamos das associações, sindicatos etc. Uma das “justificativas” foram as ditaduras civil/militar que nos impregnaram do “calar”, do ‘acolher-se’.<sup>579</sup>

De fato, os governos ditatoriais brasileiros - período iniciado com o Golpe Militar de 1964 e findado com a eleição do Presidente Tancredo Neves pelo Colégio Eleitoral, e definitivamente apagado com a Constituição Federal de 1988 - desenvolveram um sistema de repressão, de cerceamento das liberdades e até mesmo de terror, que ajudaram a impregnar na cultura brasileira modos e atitudes passivas frente aos problemas enfrentados no âmbito social.

Para Veronese, o projeto de desenvolvimento (industrial) brasileiro iniciado nos anos Trinta acabou por gerar “uma porção minoritária de um país que usufrui dos benesses da sociedade industrial”, acirrando o *apartheid* social. Apesar das tentativas de amenizar os problemas sociais provenientes desse processo (Previdência Social, programas de renda mínima, Programa de Ação Comunitária; além do surgimento de inúmeras ONGs) – tais medidas mostram-se insuficientes. Isso porque, segundo a autora,

Não somente pela crônica falta de recursos do Estado para a devida execução de programas, mas pelo fato de os mesmos atacarem apenas os sintomas, e não a origem da exclusão e apartação social, ou seja, não promoverem uma autêntica reforma agrária, não gerarem emprego, não reverterem o caótico crescimento urbano. [...] Portanto, nas “soluções políticas” reside uma das questões cruciais do Brasil, passado necessariamente pelo debate o nosso modelo de desenvolvimento. Neste caso, as políticas públicas não são institucionais, em que tem continuidade as ações e medidas tomadas, independentemente das mudanças de governo. Política pública não é sinônimo de assistencialismo e, muito menos, de paternalismo; antes é conjunto de ações, formando uma rede complexa endereçada a questões precisas de relevância social. São ações, enfim, que objetivam a promoção da cidadania.<sup>580</sup>

---

<sup>578</sup> Idem, p. 14.

<sup>579</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Diálogo proferido em 10 de agosto de 2007, por ocasião da defesa prévia da autora deste trabalho (informação verbal).

<sup>580</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Entre violentados e violentadores?* São Paulo: Editora Cidade Nova, 1998. p. 54.

Outro grande problema presente no âmbito da micro-política brasileira são as doações ofertadas aos partidos políticos em épocas de campanhas, que terminam por influenciar profundamente os interesses das grandes empresas no Congresso Nacional. Neste caso, cita-se o exemplo da *bancada do amianto* (mineral usado em telhas e caixas d'água, suspeito de ser cancerígeno), que se manteve atenta contra as restrições legislativas aos negócios de seu financiador, a Sama, dona da única mina do País. Destaque-se que, dos 20 parlamentares que defendem a industrialização e distribuição do amianto, 7 tiveram suas campanhas financiadas em 2002 pela Sama, com um total de R\$900 mil.<sup>581</sup>

Exemplos como estes infelizmente são corriqueiros no Congresso Nacional e, tendo em vista este fato, o presidente do Instituto Ethos de Empresas de Responsabilidade Social, Oded Grajew afirma que “o financiamento privado é o câncer da nossa democracia. As políticas públicas acabam servindo para atender as elites, que é quem tem dinheiro para campanhas.” Segundo Grajew, o poder econômico aumenta a influência na política a cada eleição, pois as campanhas estão cada vez mais caras, e as conseqüências do patrocínio privado acaba tendo certa inclinação da classe política em favor do capital.<sup>582</sup>

Com relação à interação entre os sistemas político e jurídico, Campilongo destaca que a teoria dos sistemas, apesar de realçar as diferenças funcionais, estruturais e operativas entre os dois sistemas, não nega as ligações óbvias entre os mesmos. O autor afirma que “o sistema jurídico é sensível ao ambiente do sistema político”, contudo ele assevera que

A jurisprudência dos Tribunais, por isso mesmo, é diversa da “jurisprudência” política, econômica ou jornalística. Esses outros âmbitos da linguagem falam sobre o direito e observam o direito a partir de lógicas peculiares e exteriores ao sistema jurídico - o “consenso”, o “lucro”, o “furo de reportagem” -, mas não são capazes (e nem essa é a sua função) de operacionalizar o próprio direito.<sup>583</sup>

Para Campilongo, há um equívoco na idéia de *politização do Judiciário*, já que as estruturas do Direito operam dentro de limites que - mesmo que não promovam a neutralidade ideológica - precisam formas, procedimentos e funções que só o Direito é capaz de processar, por meio de diferenciações informacionais entre Direito e política. Assim, o sistema jurídico seria operativamente fechado e cognitivamente aberto, estando estruturalmente acoplado a outros sistemas parciais; contudo não representariam compartimentos estanques, ilhados.<sup>584</sup>

<sup>581</sup> BARROCAL, André. *Um mundo de coincidências: Lobby: as relações entre congressistas e financiadores de campanhas eleitorais.* (Seu País). Revista Carta Capital de 29 de junho de 2005. p. 40.

<sup>582</sup> Idem, p. 41.

<sup>583</sup> Campilongo, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial.* Op. cit., p. 177.

<sup>584</sup> Idem, p. 181-83.

O autor ainda comenta que a *judicialização da política*, no sentido de um controle do mérito exclusivamente político da decisão - configura-se como desvio de função. Por outro lado, a pretensão do sistema político em determinar o alcance da decisão judicial seria também um problema. Isso tudo revelaria, segundo ele, “um sistema jurídico incapaz de manter seus limites e de um sistema político expansionista” apresentando-se como dois sistemas perversos para a democracia.<sup>585</sup>

No que afeta à judicialização da política, Faria entende que este fenômeno se apresenta bastante complexo. Ele envolveria a incapacidade do Estado - por meio do Poder Executivo - de controlar ou regular - mediante um ordenamento jurídico (produto de um sistema romano idealista, rígido e desatualizado) - uma economia cada vez mais complexa e integrada, em escala planetária. Nesse contexto, o Poder Judiciário proferiria decisões com fulcro nas premissas oferecidas pelo sistema político, transmudadas em normas, leis, códigos etc., premissas estas marcadas pela imprecisão, incoerência, já que a produção legislativa do Executivo apresenta-se cada vez mais contingencial, seguindo as mudanças econômicas e as oscilações dos mercados.<sup>586</sup>

O autor argumenta que - em face da crescente autonomia dos diferentes setores da vida social, resultado da globalização econômica - o Judiciário estaria sendo levado a uma crise de identidade funcional. Isso porque o Estado-Nação, do qual faz parte, no exercício de promulgação de leis, vê-se cada vez mais compelido a absorver as variáveis internacionais. Além disso, os três Poderes desse Estado já não poderiam pretender disciplinar contextos sociais crescentemente heterogêneos e complexos mediante normas ou “constituições-dirigentes”.<sup>587</sup>

Assim, o autor conclui que o Judiciário estaria sendo posto em xeque pela transnacionalização dos mercados e pela subsequente conversão das economias nacionais numa “economia-mundo”.<sup>588</sup> Ademais, aquele Poder estaria situado num contexto social contraditório e altamente explosivo, onde há uma pluralidade de cidadãos livres, independentes e encarados a partir de sua individualidade; onde a cidadania, quando não existe ou apenas é formal, submete-se à lógica avassaladora do capital transnacionalizado. Nestes termos, Faria afirma que

---

<sup>585</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>586</sup> FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 25-28.

<sup>587</sup> Idem, p. 38-39.

<sup>588</sup> Ibidem, p. 46.

Acionado pelos “excluídos” para dirimir conflitos que afetam o processo de apropriação das riquezas e distribuição equitativa dos benefícios sociais, mas desprezado e ignorado por muitos setores “incluídos” na economia transnacionalizada, que tendem cada vez mais a elaborar suas próprias normas, seus ritos e mecanismos próprios de resolução de controvérsias, o Judiciário brasileiro é assim um Poder que tem de redefinir seus espaços de atuação e forjar uma identidade funcional mais precisa. Se é certo que a instituição não tem outra legitimidade a não ser a que lhe é dada por sua independência institucional, por sua eficiência funcional e por sua autoridade moral, essa legitimidade precisa ser permanentemente validada pela prática, no cotidiano de cada tribunal - e é justamente por isso que a instituição, como as duas epígrafes deste trabalho sugerem, tem, urgentemente, de mudar.<sup>589</sup>

Neste caso, é patente a necessidade de adaptação do Poder Judiciário à realidade social atualmente vivenciada. Todavia, destaca-se que - apesar da pertinência da descrição do autor supracitado acerca da atual “economia mundo”, e da “lógica do capital transnacionalizado” – entende-se que o Poder Judiciário (assim como os demais Poderes) deve, inserido nos limites estabelecidos constitucionalmente, primar pelo bem-estar e equilíbrio social, seguindo uma ética e/ou uma lógica isonômica, o que muitas vezes não coincide com as diretrizes da referida “lógica avassaladora transnacionalizada”.

O que se questiona, neste caso, é se o Judiciário deverá se transmudar para atender/se adaptar à lógica do capital estrangeiro internacional transnacionalizado que, sabidamente, guarda um potencial deletério relativo ao âmbito social; ou deveria esse Poder se impor a essa lógica, valorizando aqueles princípios estabelecidos constitucionalmente, sobretudo os que possuem estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, figura como fundamento da República Federativa do Brasil.<sup>590</sup>

Por seu turno, Cavedon entende que “[...], a legitimidade de decisões políticas e jurídicas (poder legislativo e judiciário) depende dos processos de formação da opinião e vontade na periferia, pois o centro do sistema, representado pelas instituições públicas-políticas, controla só parte deste processo, e precisa se retroalimentar na periferia.”<sup>591</sup> Nestes termos, Fagundes assinala que

[...], um sistema político será capaz de enfrentar os problemas do ambiente somente à medida que o permitam as suas estruturas constitutivas. Qualquer programação política terá de levar em consideração as limitações para que seja factível. Há necessidade de o poder ser exercido pela comunidade para que se dê a reprogramação ecológica.<sup>592</sup>

<sup>589</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>590</sup> Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

<sup>591</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. 334.

<sup>592</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003. p. 167.

De fato, os subsistemas sociais operam de maneira diferenciada, todavia – quando um dos Poderes (ou funções) do Estado crescem demasiadamente, pondo em risco o bem comum (art. 3º, CF/88) – os demais Poderes precisam se fortalecer ou se impor, com o propósito de se procurar atingir o equilíbrio social, conferindo-se efetividade a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

Outro fator que também influencia na eficácia das normas jurídicas é o *fator cultural*. Isso porque o Direito é reflexo de mudanças na cultura de dada sociedade, e a evolução cultural representa um dos fatores do seu desenvolvimento. De acordo com Cavalieri, “[...], cultura é tudo aquilo que o homem acrescenta à natureza. São conhecimentos que vão se formando, transmitindo-se a outras gerações como autêntica herança social.”<sup>593</sup> Atualmente, o processo de difusão da cultura está muito desenvolvido pelo avanço tecnológico dos meios de comunicação.

Sobre esse assunto, Cavalieri comenta que a Grécia destacou-se pela arte, pela cultura; os hebreus pela religião; os fenícios pela navegação e Roma pelo Direito, onde o direito de cada um desses povos é reflexo das suas respectivas culturas; e o contato de um povo com a cultura de outro promove influências recíprocas sobre o direito de cada um. Nestes termos, a conquista da Grécia produziu influência na arte e literatura romanas, bem como em suas instituições jurídicas.<sup>594</sup>

Acsehrad entende que a apropriação social do mundo material representa processos de diferenciação social dos indivíduos, a partir das estruturas desiguais de distribuição, acesso, posse e controle de territórios ou de fontes, fluxos e, inclusive, estoques de recursos materiais. Estas práticas, segundo o autor, são historicamente constituídas, gerando-se dinâmicas de reprodução dos diferentes tipos de sociedades, com seus respectivos padrões de desigualdade. Para ele, as técnicas

[...] são condicionadas pelas formas sociais e culturais, ou seja, pelas opções de sociedade e pelos modelos culturais prevalecentes. Aquilo que as sociedades fazem com seu meio material não resume-se a satisfazer carências e superar restrições materiais, mas consiste também em projetar no mundo diferentes significados - construir paisagens, democratizar ou segregar espaços, padronizar ou diversificar territórios sociais etc.<sup>595</sup>

<sup>593</sup> Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 35.

<sup>594</sup> Idem, p. 34.

<sup>595</sup> Acsehrad, Henri. *As Práticas Espaciais e o Campo dos Conflitos Ambientais*. *Op. cit.*, p. 15-16.

Do acordo com o autor, em torno da idéia de *sustentabilidade*, abre-se a luta entre os que pretendem alterar ou reforçar a distribuição de poder tanto sobre mercados como sobre mecanismos de acesso a recursos do meio material, apresentando-se como portadores da nova eficiência ampliada - a da utilização *sustentável* dos recursos. Assim, a noção de sustentabilidade poderia trazer para a agenda pública sentidos extra-econômicos que acionariam categorias como justiça, democratização e diversidade cultural. Segundo ele,

Os modos sociais de apropriação do mundo material, dimensão integrante dos chamados “modelos de desenvolvimento”, articulam, portanto, formas técnicas, definidas por sua espacialidade e temporalidade, formas sociais, que exprimem os padrões de desigualdade de poder sobre os recursos ambientais, e formas culturais que encerram os valores e racionalidades que orientam as práticas sócio-técnicas.<sup>596</sup>

Acselrad ainda destaca que as categorias vigentes na construção do mundo são definidas por processos históricos e, por isso, podem ser *desinventadas*, deslegitimadas através das lutas simbólicas, considerando-se que a luta política pela redistribuição do poder é também uma luta classificatória e cognitiva. Nestes termos, o autor afirma que

As lutas por recursos ambientais são, assim, simultaneamente lutas por sentidos culturais. Pois o meio ambiente é uma construção variável no tempo e no espaço, um recurso argumentativo a que atores sociais recorrem discursivamente através de estratégias de localização conceitual nas condições específicas da luta social por “mudança ambiental”, ou seja, pela afirmação de certos projetos em contextos de desigualdade sociopolítica.<sup>597</sup>

Por fim, Acselrad denuncia a prevalência de *desigualdade ambiental*, e a conseqüente *injustiça ambiental* na alocação sócio-espacial dos riscos ambientais, por meio da transferência dos custos ambientais para grupos de menor renda e menos capazes de se fazer ouvir nas esferas de decisão. Nesse contexto, os cientistas desempenhariam o papel de cientistas-políticos na cientificização da política; e, paradoxalmente, contribuiriam em muitos casos para a despolitização das questões ambientais. Assim, o autor afirma que

A “gestão racional dos recursos naturais” é, assim, o modo pelo qual certas burocracias buscam legitimar cientificamente suas práticas, apoiando a difusão de uma idéia de “natureza natural”, notadamente nas regiões de fronteira, tal como se pôde observar na retórica autoritária da Amazônia como “vazio demográfico”.<sup>598</sup>

Ele explica que nos espaços de apropriação material ocorrem as lutas sociais, econômicas e políticas, pela apropriação dos diferentes tipos de capital, pela mudança ou

---

<sup>596</sup> Idem, p. 16.

<sup>597</sup> Ibidem, p. 18-19.

<sup>598</sup> Ibidem, p. 21.

conservação da estrutura de distribuição de poder. Já no caso da apropriação simbólica, há uma luta simbólica para impor as categorias que legitimam ou deslegitimam a distribuição de poder sobre os distintos tipos de capital.<sup>599</sup>

Destarte, a desigualdade na distribuição e fruição dos recursos ambientais, ou mesmo da fruição do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve estar envolvida na procura de um (novo) sentido cultural, ou seja: numa *construção nova* acerca de vários conceitos e argumentos, a partir do que se produziu na modernidade, somando-se o que se vivencia na chamada pós-modernidade. A cultura não é estática, por isso pode ser paulatinamente orientada em diversos sentidos, pode assumir novos caracteres. Esse processo deverá contar com lutas ou pressões sociais para que se possa, por exemplo, realizar uma mudança no paradigma que as pessoas detêm sobre os as questões ou problemas ambientais; além da percepção da ligação destes com outros âmbitos da sociedade como o político, o jurídico entre outros.

Quando se fala em cultura não se pode esquecer de mencionar a própria formação acadêmica dos profissionais de Direito. Hoje em dia, fala-se muito na decadência, não só dos ensinos fundamentais, médios e secundários, mas também da má formação dos bacharéis em Direito, e da desatualização dos integrantes da magistratura. Para Moreira Neto, estes

São, por certo, problemas que têm profundas raízes culturais, que se originam nas deficiências do ensino de primeiro e segundo grau, mas também correm por conta do tecnicismo excessivo enfatizado nas Faculdades de Direito em detrimento da formação acadêmica de maior conteúdo substantivo e multidisciplinar.<sup>600</sup>

Assim, com as novas descobertas, novas circunstâncias provenientes do desenvolvimento da sociedade, surge a necessidade de adaptação cultural que é transportada também para o mundo jurídico que, por sua vez, deverá regular essas novas relações. Então são criados os novos ramos do Direito como, por exemplo, o biodireito, o Direito espacial, o Direito das patentes, entre outros relacionados com o progresso científico-tecnológico dos últimos tempos.

Porém, ressalta-se que a dinâmica do processo cultural deve ser orientada com base em valores democráticos, que privilegiem o respeito às diretrizes mais básicas do Estado brasileiro, como a própria dignidade da pessoa humana, e a preservação do meio ambiente, num processo baseado em requisitos de igualdade, cooperação, incluindo-se o respeito pelas gerações futuras. Quando isso verdadeiramente ocorrer, estar-se-á caminhando para o *real*

<sup>599</sup> Ibidem, p. 22-23.

<sup>600</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado*. São Paulo: Celso Basto Editor, 1999. p. 61.



*desenvolvimento*, e deixando para traz o estigma de País atrasado, subdesenvolvido ou de terceiro mundo.

Outro fator importante, que influencia a eficácia das normas jurídicas, é a *educação ambiental*. Atualmente, existe a necessidade de se promover o desenvolvimento de um projeto de sensibilização da sociedade, por meio daquela, juntamente com a fiscalização ostensiva do cumprimento das normas relativas ao meio ambiente. Isto porque se considera a falta deste tipo de educação como um dos maiores obstáculos para a implementação da legislação ambiental brasileira.

A educação ambiental deve se dar em todos os níveis de ensino do País, com um intuito de se promover uma sociedade sustentável ambientalmente, uma maior participação dos cidadãos na política nacional neste setor; bem como a criação de uma sólida cultura ambiental nos campos técnico-científico e social.

Contudo, a questão é saber se as classes detentoras do poder político e econômico possuem interesse numa conscientização ou educação da população em geral, seja em assuntos de caráter político-cultural, seja os de caráter ambiental. Aqui, mesmo os legisladores podem não ter os mesmos interesses da maioria dos nacionais, e, muitas vezes, não o tem, em razão da grande influência que as grandes empresas exercem sobre os parlamentares, resguardando-se, dessa forma, os seus interesses de grupo.

Ao tratar da questão da educação no Brasil, Veronese observa que “[...] quando a difusão da educação através dos órgãos públicos, a Inglaterra do final do século XIX, a educação, que não era apenas gratuita como também obrigatória, serviu como mecanismo imprescindível na tentativa de superação das diferenças sociais.”<sup>601</sup> A autora ainda assinala que “[...], o empresariado brasileiro, muito pouco investe na melhoria da educação de seu país. Escassos – embora preciosos – são os exemplos de atuação concreta da classe empresarial.”<sup>602</sup>

A Lei nº. 9.394/96 que cuida das diretrizes e bases da educação nacional estabelece, em seu art. 2º, que “a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” O processo de educação tem como objetivo o fortalecimento da cidadania, além de conferir maior consciência a respeito dos problemas, mostrando-se como um incentivo ao cidadão a exercer seus direitos e responsabilidades.

---

<sup>601</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Entre violentados e violentadores? Op. cit.*, p. 55.

<sup>602</sup> Idem.

A educação deve envolver também interdisciplinaridade, ou seja, deve-se complementar determinado estudo com diferentes disciplinas, a fim e se facilitar a investigação e a formação do indivíduo. De acordo com Fávaro, interdisciplinaridade “implica em reconhecer e determinar as fronteiras entre diferentes e interdependentes domínios de saber humano, jurídico e não jurídico, todos dependentes do tipo de interação que o indivíduo pode fazer com a percepção que tem da questão ambiental, a partir de um conjunto de conhecimentos específicos.”<sup>603</sup>

A educação ambiental também deve fazer parte dos três níveis de formação do cidadão brasileiro, mas, sobretudo no currículo de formação jurídica como matéria obrigatória, numa sistematização interdisciplinar do Direito ambiental, a fim de se obter uma melhor visualização e conhecimento do mesmo, aliando-se a teoria à prática.

O inciso VI, do § 1º, do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece o que para se assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino, além da conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Além dessa obrigação do Poder Público de promover a educação ambiental, Nalini chama a atenção para a necessidade de se invocar uma *ética ambiental*, com o propósito de se infundir na consciência sensível uma maior preocupação com o meio ambiente. Tratar-se-ia de uma ética humana direcionada à tutela da natureza, já que a ameaça ao ambiente seria uma questão eminentemente ética, que depende de uma mudança comportamental.<sup>604</sup> Nestes termos, o autor afirma que

A proteção à natureza independe de educação, riqueza ou mesmo religião. Em todos os estamentos há infratores. Desde as grandes madeiras, sem pátria e sem lei, aos despossuídos que dizem as áreas próximas aos mananciais. A lei ambiental não tem sido freio suficiente. A proliferação normativa desativa a força intimidatória do ordenamento. Outras vezes, a sanção é irrisória e vale a pena suportá-la, pois a relação custo/benefício estimula a vulneração da norma.<sup>605</sup>

Assim, a formação de uma consciência ambiental ética seria a única alternativa para viabilizar a vida no Planeta; esta ética deverá inverter a idéia de que a natureza é somente *meio* e os objetivos do homem o único fim. Deve-se, dessa forma, dar nova vida a valores éticos como a *bondade* e a *solidariedade*, direcionando-os também à natureza, realizando-se,

<sup>603</sup> FÁVARO, Diocélia da Graça Mesquita. A formação ambiental do jurista. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito ambiental em evolução*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2003. p. 51.

<sup>604</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millerinium Editora Ltda., 2003. p. XXIX.

<sup>605</sup> Idem, p. XXXIII.

com isso, uma adequada *educação ambiental*. Esta terá o intento de apresentar uma *nova visão* onde os *outros* são parceiros que vivem num ambiente comum, e não adversários; além da tarefa de evidenciar que o meio ambiente é um bem comum a *todos*, não existindo apenas para *me* satisfazer. Cuidar-se-á, enfim, de num projeto educacional que “substituirá a *razão narcisística* pela *razão ética*.”<sup>606</sup> Com relação a esse projeto, Nalini comenta:

A esse ambicioso - talvez utópico - projeto educativo, todos estão convocados. Projeto educativo ao qual irrelevante apenas *amealhar conhecimentos*, se eles não importarem na *conversão interior*. Um primeiro dever ético daquele que se preocupa com o ambiente é o estudo permanente. Estudo que deflui no aprendizado. [...] A missão formativa tem início um século antes do nascimento do ser educando e não tem prazo para terminar. Aprender é um processo contínuo e não está necessariamente subordinado ao que se convencionou chamar *escolarização*. Pensar nos objetivos da educação é um bom início.<sup>607</sup>

O autor destaca, por fim, que “a interrupção do ciclo perverso depende de radical inversão de posturas”. E nesse processo não se pode aguardar a *paternal* intervenção do Estado, pois este também estaria comprometido com interesses insensíveis. A nova experiência seria representada pelo *heroísmo ambiental*, e todos devem exercê-lo como, por exemplo: usando-se moderadamente a energia e os bens vitais; consumindo com parcimônia etc. Nestes termos, Nalini adverte que, “o ser humano está conclamado a resolver uma nova equação, recorrendo a uma *contabilidade ética*. Os ativos se contam na coluna da preservação, da conservação, do uso racional. Entre os passivos, o uso irresponsável, o extermínio, a destruição.”<sup>608</sup>

Cabe ainda destacar o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos – PNEDH, elaborado pelo Comitê nacional de Educação em Direitos Humanos, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos - SEDH, que é formado por especialistas na área. Este Plano tem o propósito de conferir maiores esclarecimentos, para que os cidadãos e entidades interessadas possam contribuir para uma cultura voltada para o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>609</sup>

A Secretaria Especial dos Direitos Humanos trabalha na divulgação dos instrumentos internacionais de direitos humanos, adotando as medidas necessárias para a sua incorporação e garantia no âmbito interno. Conforme o referido Plano “educar em direitos

<sup>606</sup> Ibidem, p. XXXV.

<sup>607</sup> Ibidem, p. XXXVI-VII.

<sup>608</sup> Ibidem, p. 277.

<sup>609</sup> BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos/coordenação de Herbert Borges Paes de Barros e Simone Ambros Pereira; colaboração de Luciana dos Reis Mendes Amorim ...[et al.]. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Ministério da Educação, 2003. p. 5.

humanos é fomentar processos de educação formal e não-formal, de modo a contribuir para a construção da cidadania, o conhecimento dos direitos fundamentais, o respeito à pluralidade e à diversidade sexual, étnica, racial, cultural, de gênero e de crenças religiosas.<sup>610</sup>

Importa ressaltar que entre as linhas de ações do Plano está a atividade de apoiar a inserção das questões do meio ambiente no currículo escolar, tendo-se como público-alvo os profissionais da educação e estudantes. São responsáveis pela execução deste projeto: o Ministério da Educação - MEC, a Secretaria Estadual de Educação – SEE, a Secretaria Municipal de Educação - SME e a sociedade civil organizada.<sup>611</sup>

Destaque-se que a lei que impulsionou o surgimento de toda a legislação ambiental da atualidade, e que organizou a estrutura ambiental no País foi a Lei nº. 6.938/81. Esta lei, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece no inciso X, do art. 2º, a adoção do princípio a educação ambiental, em todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.<sup>612</sup>

Atualmente, a educação ambiental conferida pelo Poder Público se dá de maneira descentralizada, já que os entes da Federação devem definir suas normas e diretrizes para a matéria, com observância obrigatória à Política Nacional de Educação Ambiental. Esta foi instituída pela Lei nº. 9.795/99, onde se definiu *educação ambiental* como “[...] processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.”

A Lei nº 9.795/99 determina que a *educação ambiental* deve compor - de forma essencial e permanente - a educação nacional, inserindo-se de modo articulado em todos os níveis e modalidades do processo educativo, seja de caráter formal ou não-formal (art. 2º). Ela ainda deverá ser desenvolvida como prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal, sem, todavia, ser implantada como disciplina específica no currículo de ensino (§ 1º, art. 10).

A respeito desta Lei, Martins comenta que se trata de norma demasiadamente programática, citando como exemplo disso o seu § 1º, do art. 10, que impede a instituição da educação ambiental como disciplina específica no currículo de ensino, proposta esta que representaria o não comprometimento com o caráter interdisciplinar e transdisciplinar deste tipo de educação. Além disso, a autora alega que não há qualquer referência na Lei de

---

<sup>610</sup> Idem, p. 6-7.

<sup>611</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>612</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 325.

Educação Ambiental de modificação da LDB. Assim, a integração necessária da questão ambiental seria realizada mediante esforço hermenêutico de operadores do Direito ou parlamentares, sendo, por esses motivos, uma norma fadada à ineficácia.<sup>613</sup>

Contudo, apesar das dificuldades de implementação da educação ambiental no Brasil, deve-se mencionar que algumas tentativas estão sendo praticadas como, por exemplo, o estabelecimento do Programa Nacional de Educação Ambiental,<sup>614</sup> de cooperação técnica entre o Ministério do Meio Ambiente e a Unesco, que foi criado em 1999. Este programa teve início em 2000, e previsão de término para o ano de 2003; e objetivou o cumprimento da Lei nº. 9.795/99. Sobre esse assunto, Leite e Ayala comentam que “o exemplo é ainda uma atitude simbólica do Estado, que precisa ter como prioridade a questão da educação, e não um programa restrito, configurando-se como mais uma norma ineficaz.”<sup>615</sup>

Cabe ainda destacar que, a partir do ano de 2008, todos os concursos para ingresso na carreira de Juiz Substituto, federal ou estadual, além dos cursos de formação, terão o Direito Ambiental como matéria obrigatória. Isso em razão de Resoluções da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, criada pela Emenda Constitucional nº 2/2005, e que atua junto ao Superior Tribunal de Justiça.<sup>616</sup>

Ante o exposto, infere-se que - enquanto não houver um comprometimento da sociedade e, sobretudo do Poder Público, com a educação ambiental - dificilmente a sociedade brasileira encontrará o caminho para a sustentabilidade ecológica causando, dessa forma, transtornos ambientais para as gerações presentes e futuras, e a conseqüente diminuição da qualidade de vida da população.

Por derradeiro, - após se ter tratado da fundamentalidade do direito ao meio ambiente equilibrado no sistema jurídico brasileiro, e suas conseqüências, assim como de alguns aspectos ou fatores técnico-jurídicos e sociológicos a respeito da eficácia das normas que visam à garantia daquele direito – tratar-se-á, na próxima seção, de alguns instrumentos e fatores fundamentais para que o direito em questão adquira maior eficácia no plano dos fatos, ou na sociedade.

---

<sup>613</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. *Op. cit.*, p. 182-83.

<sup>614</sup> Informações retiradas do site do Ministério do Meio Ambiente, Disponível em <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em, 27 outubro 2007.

<sup>615</sup> Leite, J. R. M.; Ayala, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. *Op. cit.*, 329.

<sup>616</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *O Poder Judiciário e o Direito Ambiental no Brasil*. Disponível em <<http://www.congressoambiental.com.br/artigos/CONFERE%20MAGNA.pdf>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.

### **3 INSTRUMENTOS E FATORES RELEVANTES PARA A EFICÁCIA DAS NORMAS AMBIENTAIS**

Inicialmente, importa destacar que alguns instrumentos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro como, por exemplo, as ações ambientais presentes controle da constitucionalidade, representam verdadeiras *armas* para a consecução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, atenta-se para a existência de alguns fatores ou problemas que são frequentemente abordados doutrinariamente e jurisprudencialmente, como é o caso da questão da competência ambiental, da legitimação processual em demandas ambientais, além da tutela coletiva de urgência. Tais temas são destacados neste trabalho, seja em função da sua problemática no âmbito jurídico, seja em razão da sua grande importância para a eficácia das normas relativas ao meio ambiente.

Assim, tais fatores serão analisados nos seus aspectos mais relevantes para a temática desta Tese, com a finalidade de se esclarecer alguns pontos e ressaltar algumas idéias que possam contribuir para a plenitude eficaz das normas que cuidam do meio ambiente. Deste modo, no próximo subitem ver-se-á alguns aspectos gerais do controle de constitucionalidade para, então, tratar deste assunto no âmbito ambiental.

#### **3.1 O controle de constitucionalidade: Aspectos gerais**

A Constituição a brasileira adota alguns mecanismos de auto-proteção, a fim de se identificar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos contrários a ela. Esse sistema segue as orientações Kelsenianas,<sup>617</sup> onde o ordenamento jurídico apresenta níveis hierarquizados de normas, num sistema onde as normas basilares devem respeitar aquelas de níveis superiores, como requisito de unidade do ordenamento e validade das normas jurídicas. Nesse sistema, a Constituição situa-se no topo da hierarquia no âmbito do Direito positivado.

Ferreira Filho afirma que o controle de constitucionalidade é

[...] a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto

---

<sup>617</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 247.

dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição.<sup>618</sup>

O Direito brasileiro adota o controle *concentrado* e *difuso* de constitucionalidade. O *controle concentrado* (aquele que é realizado por um único órgão) é atribuído ao Supremo Tribunal Federal, mediante julgamento de algumas ações, originariamente, na forma estabelecida no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal. Neste caso, exerce-se o controle *principal* da constitucionalidade, já que as ações diretas de inconstitucionalidade a ação declaratória de constitucionalidade deverão ser propostas no Supremo, onde a apreciação da questão é dada unicamente e originariamente por aquele órgão do Poder Judiciário.

Já o *controle difuso* poderá ser utilizado em ação de qualquer natureza, onde o réu apresentará sua defesa por meio de resposta, de forma incidental, requerendo ao juiz declaração de inconstitucionalidade, preliminarmente. O autor deverá se manifestar acerca da inconstitucionalidade levantada pelo réu, antes da decisão do magistrado. Sobre esse ponto, Tavares esclarece que, além do autor e réu da ação “[...], poderá suscitar questão de constitucionalidade todo aquele que integre, na qualidade de parte e até de terceiro interveniente, qualquer relação processual, bem como o Ministério Público. Ademais, não é indispensável a alegação das partes, podendo mesmo o próprio julgador atuar de forma independente.”<sup>619</sup>

A ação de inconstitucionalidade pelo *controle difuso*, no julgamento do caso *in concreto*, é decidida definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, mediante interposição de recurso extraordinário, fazendo, normalmente, coisa julgada *inter partes*, e *ex tunc*. Todavia, com a determinação de suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal (art. 52, X, da CF), a decisão do Pretório Excelso adquire eficácia *erga omnes* e *ex nunc*.

Assim, o inciso III, do art. 102, da Constituição da República Federativa do Brasil, determina que compete ao Supremo o julgamento, mediante *recurso extraordinário*, das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

De outro vértice, o *controle concentrado*,<sup>620</sup> no Brasil, realiza-se por meio das ações diretas de inconstitucionalidade,<sup>621</sup> Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e

<sup>618</sup> Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 34

<sup>619</sup> TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e Celso Bastos Editor, 1998. p. 144-45.

<sup>620</sup> Ver art. 102, da Constituição da República e respectivos incisos.

ação declaratória de constitucionalidade. Aqui, a competência para o julgamento de tais ações é do Pretório Excelso. A sentença de *Ação direta de inconstitucionalidade* tem efeitos *erga omnes*.<sup>622</sup> Já, a sentença que declara a *inconstitucionalidade por omissão*, científica o Poder omisso dos atos que estão obstruindo a realização de um direito amparado constitucionalmente.<sup>623</sup>

Assim, a Constituição Federal de 1988 estabelece algumas formas de controle de constitucionalidade das leis, que podem ser utilizadas a fim de se garantir a eficácia das normas e princípios constitucionais relativos ao meio ambiente. Tais instrumentos podem ser representados pelo recurso extraordinário; o Mandado de injunção; o Mandado de segurança individual e coletivo; a Ação direta de inconstitucionalidade - ADI genérica; Ação declaratória de constitucionalidade - ADC; e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa um direito fundamental, e recebe do ordenamento jurídico um especial regime de tutela, em função da sua *fundamentalidade* e estrita ligação com o direito à vida ou, no mínimo, com o direito a uma vida digna para as gerações presentes e futuras. Os *novos direitos*, incluindo aqui os *direitos difusos*, surgiram com o desenvolvimento da sociedade, mas o problema é que muitas vezes são de difícil implementação, e é por isso que se deve buscar os meios necessários para lhes conferir uma proteção efetiva.

É justamente para garantir a eficácia de tais direitos, que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu várias ações e instrumentos para a realização e agilização da prestação jurisdicional, a fim de se dar respostas céleres e efetivas para um problema hoje de caráter global, cujas previsões dos estudiosos do assunto não são, há tempos, animadoras. No entanto, o fato é que o sistema de controle de constitucionalidade, de maneira geral, apresenta sérias dificuldades no cumprimento do seu propósito, fato comum em diversas áreas do sistema judiciário brasileiro.

---

<sup>621</sup> Nas modalidades “genérica” ou “interventiva”.

<sup>622</sup> Nesse caso, Martins tece o seguinte comentário: “Contudo, a *lei declarada inconstitucional* por sentença definitiva no controle concentrado de constitucionalidade toma-se *nula ou anulável*, dependendo do conteúdo do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, pelo voto da maioria de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos daquela decisão ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou então, de outro momento que venha a ser fixado no bojo da mesma. Destarte, os *efeitos* da lei declarada inconstitucional, nesses termos, podem ser nulos ou anuláveis, conforme o caso.” In: MARTINS, José Renato. *O controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 188-89.

<sup>623</sup> Importante destacar a opinião de Tavares, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade (no controle concentrado ou difuso), implica a nulidade do ato impugnado, configurando uma decisão é declaratória, com efeitos retroativos ou *ex tunc*. Assim, a lei declarada inconstitucional é nula *ab initio*. Ver: Tavares, A. R. *Tribunal e jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, p. 136-37.



Tendo em vista tal situação, sobretudo o acúmulo de processos na Corte Suprema, e demais instâncias do Poder Judiciário, ou deve-se promover mudanças de caráter estrutural neste Poder, a fim de se conferir maior eficácia às normas constitucionais – incluindo aqui aquelas que cuidam da defesa do meio ambiente, - e aos instrumentos de controle de constitucionalidade; ou deve-se identificar as deficiências no sistema, a fim de se realizar algumas reformas pontuais e, ao mesmo tempo, zelar pelo cumprimento da legislação já existente.

Mas, sobre esse ponto, é importante destacar que, no que tange aos temas relacionados com a reforma do Poder Judiciário ou de alguns dos seus setores, trata-se de assunto mais político do que jurídico, pois é na política, no âmbito dos diferentes Poderes da União, que as decisões são tomadas, e o processo de desenvolvimento do País é orientado.

### **3.1.2 Ações ambientais no controle de constitucionalidade**

#### **3.1.2.1 Considerações preliminares**

Inicialmente, algumas ações, mandados e recursos assumem o objetivo de controlar, de forma repressiva, a constitucionalidade das leis. Algumas dessas ações (*lato sensu*) poderão ser utilizadas para o controle de constitucionalidade das normas jurídicas, a fim de que se promova um *meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Mesmo que este não seja o propósito imediato da demanda, determinadas ações certamente contribuem para que a norma estabelecida no *caput* do art. 225, da Constituição Federal de 1988, adquira eficácia no plano dos fatos.

O *recurso extraordinário*, por exemplo - que está estabelecido no art. 102, III, da atual Constituição, como a última etapa do controle difuso da constitucionalidade, realizado pelos juízes e Tribunais do País – representa um importante instrumento de defesa de constitucionalidade das leis. Neste recurso, o Supremo decide, em última instância, sobre uma questão constitucional apresentada, contra decisão de Tribunal, proferida em única ou última instância. Trata-se, neste caso, de controle incidental, por via de exceção, de caráter repressivo.

O *recurso extraordinário* só poderá ser recusado pela manifestação de dois terços dos membros do Supremo. Todavia, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, para que o Tribunal examine a

admissão do recurso. Por outro lado, conforme o que estabelece o § 3º, art. 103 da Lei Maior, se o Supremo Tribunal Federal - STF apreciar inconstitucionalidade, em tese, de norma ou ato normativo, deverá citar antecipadamente o Advogado-Geral da União, que terá a função de defender ato ou texto impugnado.

No caso de interposição de recurso extraordinário - cujo efeito da decisão é, em princípio, *inter partes*, - o Senado deverá suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, nas hipóteses constitucionalmente previstas, conferindo-se à decisão do Supremo eficácia *erga omnes*. Neste caso, se a lei for declarada inconstitucional, será feita uma comunicação à autoridade do órgão interessado e ao Senado,<sup>624</sup> nos termos do art. 52, X, da Lei Maior. Este dispositivo estabelece a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Sobre esse ponto, Ferreira Filho entende que o Senado deve, obrigatoriamente, suspender a execução da lei declarada inconstitucional, pois, do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico.<sup>625</sup> Neste caso, Tavares comenta que “hoje, melhor teria sido, se a Constituição tivesse deferido diretamente ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar, *erga omnes*, e, mais ainda, com força vinculante, a inconstitucionalidade de ato normativo decorrente da análise em face de um caso concreto.”<sup>626</sup>

A competência do Senado para a suspensão da execução de lei, estabelecida no art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil refere-se a leis federais, estaduais, distritais ou municipais, declaradas, de forma incidental, inconstitucionais pelo STF. No caso de lei municipal ou estadual que contrarie a Constituição Estadual, em função do princípio federativo, deve o Tribunal de Justiça, após a declaração de inconstitucionalidade, encaminhar tal decisão à Assembléia Legislativa para que esta suspenda a execução da lei.

Cabe destacar que talvez um dos fenômenos mais recentes acerca do controle difuso é o fato deste estar de objetivando, ou seja, o direito, em determinadas ocasiões está sendo discutido *em tese*, adquirindo, com isso, os caracteres do controle concentrado. Nestes termos, o controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, passa a ter força vinculante, como ocorre no controle concentrado. Este fenômeno se dá por meio do recurso

---

<sup>624</sup> Ver art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>625</sup> Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 43.

<sup>626</sup> Tavares, A. R. *Tribunal e jurisdição constitucional. Op. cit.*, p. 148.

extraordinário. Exemplo disso é o HC 82959-7, que trata da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos; declarando inconstitucional a proibição de progressão de regime para estes condenados. Neste caso o STF deferiu *habeas corpus* em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Além disso, o § 5º, do art. 321, do RISTF que regulamenta o recurso extraordinário estabelece o seguinte:

Art. 321. O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos artigos 102, III, *a, b, c*, e 121, § 3º, da Constituição Federal. [...]. § 5º Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras: I – verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o Relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria; [...] III – eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º; [...]. VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; VII – publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal; VIII – o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterà, se for o caso, Súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização.

Assim, o inciso I do referido dispositivo estabelece que poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento da parte, medida liminar para limitar o sobrestamento dos processos que envolvam a controvérsia em análise. O Inciso III estabelece a figura do *amicus curiae*, ou seja dos eventuais interessados que queiram se manifestar no processo. Ademais, o inciso VI prevê o sobrestamento de eventuais recursos extraordinários que versem sobre idêntica controvérsia constitucional, ou seja, aquela decisão valerá para as demandas posteriores. No inciso VII, depreende-se que se o recurso extraordinário em análise pelo STF não for conhecido, a Corte Suprema não o conhecerá pra ninguém, concluindo-se, com isso, que a eficácia do controle difuso está se estendendo.

Destaque-se que o art. 102, § 3º, da Carta Magna estabelece que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a

admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” Essa regra foi incluída pela EC nº. 45, de 2004 e, nestes casos, a repercussão geral refere-se às questões constitucionais além da parte. Contudo, o Supremo só poderá dizer que não há repercussão geral com o voto de 8 ministros, lembrado que quem julga o recurso extraordinário é a turma, sendo duas turmas, cada uma composta por 5 membros.

O dispositivo constitucional supracitado foi regulamentado pela Lei nº. 11.418/2006, que acrescentou o art. 543-A e B ao Código de Processo Civil. O art. 543-A estabelece que o STF, em decisão que não cabe recurso, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não for de repercussão geral. Neste caso, considera-se repercussão geral a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (§ 1º), havendo repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (§3º).

Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do RISTF (§ 5º). Por fim, a súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão (§ 7º). Nesse caso, a função do Senado para suspender a eficácia da lei fica evidentemente prejudicada, já que o § 5º do art. 543-A, do CPC estende a decisão do Supremo Tribunal Federal para todos ou *erga omnes*.

Ademais, fala-se ainda no fenômeno da *abstratização do controle difuso*. Isso porque o controle de constitucionalidade incidental também tem seu efeito vinculante<sup>627</sup>, com decisões que vão além do caso concreto. Nestes termos, o ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, entende que “o Senado não pode ‘restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal’. Por isso, a suspensão da execução da lei tem apenas o efeito de dar publicidade à decisão da Corte. Para ele, cabe ao tribunal definir os efeitos da decisão.”<sup>628</sup>

Deste modo, atualmente observa-se uma aproximação do controle difuso ao controle concentrado no que concerne aos efeitos de ambos, por meio de medidas que normalmente visam à diminuição do número de recursos repetitivos no âmbito dos tribunais,

---

<sup>627</sup> Diz o *caput* do art. 557, do CPC: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

<sup>628</sup> MATSUURA, Lílian. Súmula *vinculante pode banalizar reclamações ao STF*. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53420,1>>. Acesso em: 9 maio 2007.

bem como uma maior agilidade nos julgamentos recursais, o que pode resultar em economia processual e numa melhor prestação de serviço para os jurisdicionados.

Por fim, o recurso extraordinário apresenta-se como um instrumento incidental de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, que poderá ser utilizado para destituir de eficácia as leis/questões constitucionais que contrariem a norma estabelecida no *caput* do artigo 225, da Constituição Federal de 1988, que impõe ao Poder Público e à coletividade a defesa e a preservação do *meio ambiente ecologicamente equilibrado* para as gerações presentes e futuras.

A seguir, tratar-se-á de algumas ações constitucionais, normalmente utilizadas para exercer o controle de constitucionalidade das leis, e que também representam (ou deveriam representar) importante instrumento na defesa e preservação – no âmbito jurisdicional - do meio ambiente, prevista constitucionalmente, cuja urgência é cada vez mais sentida em função da diminuição da qualidade de vida (ambiental) em proporções globais.

### **3.1.2.2 Mandado de injunção**

Pode-se também exercer o controle da constitucionalidade por meio da impetração de Mandado de injunção. Este instituto representa uma *ação constitucional de garantia*, e está previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, e será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

O *mandamus* supracitado é uma ação civil de procedimento especial, impetrada contra a omissão do Poder Público. Assim, pelo mandado de injunção, o Poder Judiciário assegura ao impetrante um direito estabelecido constitucionalmente, mas que não pode ser exercido por falta de *norma regulamentadora*. Esta falta poderá ser consequência da inércia do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

O Mandado de injunção ainda não foi regulamentado, assim, por analogia, utiliza-se no que for cabível, o procedimento estabelecido na Lei nº. 1.533/51, que altera disposições do CPC, relativas ao Mandado de segurança. Destaque-se que aquele instituto é auto-aplicável por força do art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Importante esclarecer que a função do *mandamus* é de conferir eficácia a um *direito subjetivo preexistente*, cuja fruição depende de norma regulamentadora. Por outro

lado, quando existe *expectativa de direito* inscrita no texto constitucional, com falta de norma regulamentadora para efetivá-lo, ou transformá-lo em direito subjetivo, tratar-se-á de caso de propositura de ADI por omissão, e não de Mandado de injunção.<sup>629</sup>

A legitimidade ativa para a impetração do *mandamus* é de qualquer pessoa que tenha seu direito violado, por falta de norma regulamentadora do direito ou liberdade constitucional. A legitimidade passiva é atribuída àquele a quem incumbe dar aplicação à sentença ou acórdão proferidos no processo. Isso ocorre porque o objeto do mandado de injunção não é a elaboração da lei, mas a aplicação plena e imediata dos direitos garantidos constitucionalmente.

Com relação aos *efeitos* do Mandado de injunção, atualmente existem pelo menos três posicionamentos doutrinários, e dentro do próprio STF. O primeiro estabelece-se com fundamento no princípio da separação dos Poderes da União. Nestes termos, preenchidos os requisitos do mandado, deve-se declarar a omissão (norma regulamentadora), e *comunicar* a câmara legislativa para que esta edite a norma faltante.

Neste caso, defende-se que o Poder Judiciário não pode suprir as faltas do Legislativo editando o ato normativo omitido, apenas poderá dar ciência para que aquele Poder a supra. Mas, neste caso, persistindo a inércia, o impetrante terá o direito de reparação econômica.

Aqui, cita-se o exemplo dos três mandados de injunção julgados procedentes ao longo da década de noventa, em face da mora do legislador federal, na regulamentação dos juros praticados pelo mercado e sua limitação a 12% ao ano (art. 192, § 3º, da CF). Sobre esse caso, Macedo assinala que o Congresso foi cientificado dessas decisões, permanecendo em mora até o ano de 2003, quando, por meio da EC nº 40, o parágrafo foi revogado. Assim, a autora comenta que à mora do legislador, reconhecida e objeto de recomendação do Supremo, correspondeu uma reforma constitucional que simplesmente fez desaparecer o dispositivo não regulamentado, ou seja, *já que não se pode curar a doença, mate-se o paciente*.<sup>630</sup>

Nestes termos, Macedo afirma que “a vingar tais posições, quando o bem da vida for o meio ambiente, estaremos chancelando a absoluta negativa de tutela, com reflexos não

---

<sup>629</sup> Neste caso, Martins afirma que “Logo, o pressuposto da impetração do mandado de injunção é que haja um direito público subjetivo previsto em uma norma constitucional e que esta norma seja de aplicabilidade limitada pois, se possuir eficácia jurídica plena, operando plenamente, nada falta para que o direito constitucional seja exercitado porque, sendo suficiente em si mesma, a norma não requer qualquer tipo de regulamentação que lhe empreste eficácia.” In: Martins, J. R. *O controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. Op. cit., p. 137.

<sup>630</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. O meio ambiente e a efetividade da tutela judicial em sede de mandado de injunção e de outras ações constitucionais. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 69-86, mar., 2005. p. 84.

apenas na presente, mas também na futura geração. Que Brasil legaremos aos nossos filhos e netos?”<sup>631</sup> Assim, seria correta a corrente que vê no mandado de injunção uma útil e eficaz forma de composição de dada situação concreta, ocupando o Judiciário o espaço negligenciado pelo legislador, e construindo a regra da qual o sistema é devedor por omissão.

O segundo posicionamento afirma que, sendo supridos os requisitos do mandado de injunção, a omissão do órgão legiferante deverá ser declarada e sanada no caso concreto, para que o impetrante possa exercer o seu direito, até o suprimento da omissão pelo Legislativo ou Executivo, conferindo-se efeitos concretos e *inter partes* ao *mandamus*. Portanto, mandado de injunção representaria instrumento efetivo para se fazer valer o direito previsto constitucionalmente, e não mero *aviso* aos órgãos legiferantes.

De acordo com o terceiro posicionamento, após o preenchimento dos requisitos do *mandamus*, o Supremo deveria declarar a omissão do Poder Público, e promover a comunicação aos órgãos omissos, determinando prazo (de processo legislativo sumário, por exemplo), para a manifestação do Poder competente. Após a decorrência do prazo, e sem manifestação do órgão omissor, o STF poderia fixar as condições para a efetivação do direito do impetrante, com efeito *inter partes*.

O art. 102, I, “a”, da Lei Maior, estabelece que cabe ao Pretório Excelso a proteção da Constituição contra lei ou ato normativo federal ou estadual que viole o texto constitucional. Diz este dispositivo que compete ao STF, precipuamente, a *guarda da Constituição*, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a Ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, e a Ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Deste modo, o art. 102, da Carta Magna, autoriza o controle de constitucionalidade em favor da proteção e efetividade das normas constitucionais. Só a Constituição poderá impor limites à atuação do Judiciário, e não a pura e *restritiva* interpretação do princípio da separação dos Poderes. Quando o legislador viola a Constituição, obstruindo o processo de efetivação de normas constitucionais, ou mesmo por omissão inconstitucional, está-se diante da prática de abuso de poder.

Ainda, quanto aos efeitos do mandado de injunção, em razão de o assunto já ter sido discutido no Supremo Tribunal Federal, a tendência é de não haver intervenção na esfera legislativa (princípio da separação dos Poderes), e de o *mandamus* produzir efeitos *inter partes*. Sobre esse ponto, Oliveira afirma que a “[...] sentença ou acórdão não deve se limitar apenas a comunicar ao órgão inerte sua omissão. Preferimos crer que a decisão do Poder

---

<sup>631</sup> Idem.

Judiciário deve produzir efeitos concretos, possibilitando ao impetrante o exercício do seu direito constitucionalmente resguardado.”<sup>632</sup>

Importante lembrar, nesta ocasião, do *princípio da inafastabilidade do Judiciário* na apreciação das lides, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Esta norma autoriza o Supremo a proferir decisão para o caso concreto que lhe for apresentado, conferindo o direito ao impetrante, sem *legislar*, no sentido de promoção ou elaboração de leis, tarefa esta do Poder Legislativo.

Ademais, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” E, ainda, o art. 5º, da mesma lei, dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Assim, é perfeitamente legítima a atuação do Supremo na resolução de lides apresentadas por meio de Mandado de injunção, com sentenças elaboradas em casos concretos, que produzam efeitos *inter partes*. Este fato, além de encontrar fundamentação nos já citados dispositivos legais, ainda possui a grande vantagem de conferir eficácia a direitos que estão à mercê da boa vontade dos órgãos legiferantes que, apesar da existência de mandamentos constitucionais, mantêm-se inertes e/ou omissos.

Ressalta-se que o Mandado de injunção não objetiva a criação de normas genéricas e abstratas atinentes ao exercício de direitos e liberdades dependentes de regulamentação, tal instituto tem a função de atender ao cidadão que é impedido de exercer um direito constitucional, por motivo de inércia legislativa ou regulamentar. O *mandamus* busca, dessa forma, a norma concreta e individual (sentença) para a solução de caso específico.

Quanto à fixação de prazo, para que os órgãos legiferantes editem as normas que a Constituição ordena, tal hipótese representaria uma providência com efeitos idênticos aos da ADI por omissão. Daí utilizar-se-ia uma aplicação extensiva do art. 103, § 2º, da Carta Magna, que fixa o prazo de 30 dias para o órgão administrativo omissor. A questão de estabelecimento de prazos para o órgão que deveria regulamentar determinada matéria, por mandamento constitucional, e não o faz, seria de grande relevância para a sociedade, já que conferiria ao direito dos cidadãos maior eficácia no plano dos fatos.

---

<sup>632</sup> OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros; GUIMARÃES, Flávio Romero. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Madras, 2004. p. 131.



Se a falta de regulamentação de normas constitucionais apresenta-se como um impedimento para o exercício de direitos, deve-se procurar uma solução efetiva para a inércia dos órgãos legiferantes, e se despir de retóricas quanto à interpretação restritiva do princípio da separação dos Poderes, como se tais interpretações fossem contribuir para melhorar a vida daqueles que desejam fazer valer seus direitos, e são impedidos por inércia do Poder Público.

O fato é que o órgão legiferante não supre a omissão legislativa, não por falta de conhecimento ou da ciência, mas por pura inércia. Assim, com a ausência de prazo para a edição de norma ou regulamento, o impetrante ficará a espera da boa vontade do órgão competente para a realização de tal tarefa.

Nesse sentido, o Mandado de Injunção nº. 283, publicado em 14 de novembro de 1991, onde o relator foi o Min. Sepúlveda Pertence, foi julgado procedente, declarando a mora do legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8º, § 3, dos ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República.

No *mandamus* supracitado, ainda foi determinada a assinatura do prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultimasse o processo legislativo da lei reclamada. No caso de extrapolação do prazo, sem a promulgação da lei, a decisão determinou o reconhecimento ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrassem.

Repita-se que, neste caso, não existe afronta ao princípio da independência dos Poderes, já que a determinação para edição da norma não se origina da decisão do Poder Judiciário, mas este apenas determina o cumprimento de ordem proveniente da própria Constituição. Deste modo, quando, no texto constitucional, há as expressões “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “a lei assegurará” etc., é evidente o mandamento para que o poder competente tome as providências para a edição de lei regulamentar.

Nestes termos, Guedes<sup>633</sup> - quando trata das *imposições constitucionais* - exemplifica que existe uma grande diferença entre a norma estabelecida no art. 184 da CF, que impõe a reforma agrária de maneira bastante concreta; e a norma do art. 3º, inciso I, da Carta Magna, que determina que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. O autor afirma que, no caso do art. 184, identifica-se claramente uma imposição constitucional, permitindo, neste caso, o

---

<sup>633</sup> GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *Para uma crítica à concretização das normas constitucionais a partir de Joaquim Gomes Canotilho*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995. p. 154.

juízo de adequação material das ações do legislador com a determinação constitucional. Já o art. 3º, I, possui conteúdo abstrato, dificultando o seu julgamento pelo grau de complexidade do mesmo.

Todavia, se a Constituição impuser uma *faculdade* ao legislador para a regulamentação de determinado direito, será outro caso. Mas quando a Carta Magna determina a *regulamentação* de suas normas, e isso não ocorre, o Mandado de injunção deverá ser instrumento efetivo para o cumprimento do estabelecido no texto constitucional.

Assim, entende-se que a decisão proferida em Mandado de injunção deve informar ao órgão inerte da omissão legislativa, com fixação de prazo para a edição da norma, tendo ainda o impetrante o direito de acionar o Poder Judiciário, pelas vias comuns, para demandar reparação pelos danos ocasionados pela impossibilidade de exercício de direito constitucional não regulamentado.

Importante destacar que, na opinião de Oliveira, o Mandado de injunção “[...] não se presta a tutelar, de forma direta, o bem ambiental como *macrobem*, mas apenas a tutelá-lo de forma indireta, ao atribuir ao cidadão um meio de fazer valer seu direito, violado pela omissão do Poder Público que não editou a norma regulamentadora.”<sup>634</sup> Por isso, a omissão do Poder Público que atinja o *microbem*, poderá ter como remédio constitucional o Mandado de injunção, apresentando-se como uma forma de tutela indireta do meio ambiente como um todo, ou como uma contribuição para a consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, o Mandado de injunção poderá ser perfeitamente utilizado na esfera ambiental, sempre que for verificada a inércia do Poder Público na regulamentação de norma constitucional relativa ao tema, ou que lhe influencie de forma indireta. Esse instituto representa mais um instrumento, que qualquer cidadão poderá se valer, para conferir eficácia às normas ambientais constitucionais dependentes de regulamentação.

A seguir, tratar-se-á de outro instrumento para a realização de direitos, na hipótese de inércia os órgãos legiferantes, ou seja, da ação de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão).

---

<sup>634</sup> Oliveira, F. P. M.; Guimarães, F. R. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. Op. cit., p. 131.

### 3.1.2.3 Ação de inconstitucionalidade por omissão

A *inconstitucionalidade por omissão* é caracterizada pelo descumprimento de norma constitucional não imediatamente exequível, ou seja, uma norma que necessita de regulamentação.<sup>635</sup> A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é modalidade abstrata de controle de omissão por parte de órgão encarregado de elaboração normativa, com o propósito de tornar efetiva disposição constitucional não auto-aplicável. Trata-se de uma novidade introduzida no direito brasileiro pela Constituição de 1988.<sup>636</sup>

Esclarece-se que as normas não exequíveis são aquelas que não são diretamente aplicáveis, - como as normas programáticas, por exemplo - pois necessitam de complementação, seja por lei, seja por ato ou ação administrativa. Dessa forma, tal descumprimento é imputável tanto ao Poder Legislativo, quanto ao Poder Executivo.

Quando trata da questão da omissão legislativa, Canotilho ensina que

Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexas-se com uma *exigência constitucional de acção*, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.<sup>637</sup>

Canotilho ainda chama a atenção para a importância da diferenciação entre “omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais *concretamente* impositivos”, e o “não cumprimento da constituição derivado da não actuação de *normas-fim* ou *normas-tarefa*, abstractamente impositivas.”<sup>638</sup>

Para o autor, a omissão legislativa inconstitucional se verifica nos casos em que o legislador deixa de legislar quando deveria, a fim de executar preceitos constitucionais. Por outro lado, o descumprimento de normas-fim e normas-tarefa teria contornos menos definidos, pois tais normas revelariam objetivos de forma permanente, mas abstrata. Este

<sup>635</sup> De acordo com Martins “Além disso, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, em que já existe previsão constitucional de um direito individual ou coletivo, isso porque reclamam uma atuação normativa ulterior para garantir-lhes a devida aplicabilidade, diferentemente daquelas que trazem em seu bojo direitos subjetivos potenciais, isto é, quando há um direito certificado, outorgado na Constituição e que tem a sua efetividade contida na omissão do legislador infraconstitucional ou de autoridade administrativa, cujo único fim é definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, determinado, dada a omissão do poder constitucional competente, originariamente, para tanto.” In: Martins, J. R. *O controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>636</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 100.

<sup>637</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 1023.

<sup>638</sup> Idem, p. 1024.

último caso configura uma inconstitucionalidade, contudo a concretização das referidas normas dependeriam mais da luta política e dos instrumentos democráticos. Já as omissões legislativas inconstitucionais (*stricto sensu*) podem originar uma ação de inconstitucionalidade.<sup>639</sup>

Como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento, de forma originária, da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A legitimidade para propor esta ação está prevista no art. 103, incisos I a IX, da Carta Magna. Este artigo, em seu § 2º, estabelece que, no caso de o STF declarar a inconstitucionalidade por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, deverá dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Assim, o Supremo constatando a omissão do legislador, deverá dar *ciência* ao mesmo, da falta de complementação da norma. Por outro turno, se a omissão advier do Poder Executivo, o STF deve estabelecer o prazo de 30 dias para que este Poder adote as providências determinadas pela norma em questão.

Sobre esse ponto, Mendes esclarece que a posição da jurisprudência do Pretório Excelso entende que ainda não se permite a edição de normas concretas ou normas gerais por parte do Tribunal, pois tal prática não seria compatível com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de Poderes. Além disso, o autor destaca que aquele tribunal ainda reconhece ter a decisão proferida no controle abstrato da omissão eficácia *erga omnes*. Assim, declarada inconstitucionalidade parcial, no processo de controle abstrato da omissão, deve ter como conseqüência, também no direito brasileiro, a *suspensão da aplicação* de todo complexo normativo questionado.<sup>640</sup>

<sup>639</sup> Um outro tipo de omissão legislativa inconstitucional seria o descumprimento, por parte do legislador, das ordens de legislar, consagradas em certos preceitos constitucionais. Tais ordens são traduzidas em imposições únicas (concretas e não permanentes) de emanção de lei (ou leis) necessária à criação de uma nova instituição, ou a fim de se adaptar velhas leis a uma nova ordem constitucional. Já as imposições constitucionais, como visto acima, apresentam-se como determinações permanentes e concretas. A doutrina atual ainda ressalta a possibilidade de omissão legislativa pelo não cumprimento da obrigação do legislador em “*melhorar* ou *corrigir* as normas de prognose (= prognóstico, previsão) incorrectas ou desfasadas”, no caso de circunstâncias supervenientes, configurando-se como uma “omissão por falta de actualização ou aperfeiçoamento de normas”. Não se pode deixar de mencionar ainda as omissões legislativas parciais ou omissões relativas, consideradas, segundo Canotilho, como “aquelas derivadas de atos legislativos concretizadores de normas constitucionais que favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos de facto.” Neste caso a intenção do legislador poderá ser deliberada (exclusão expressa ou explícita), resultando na violação ao princípio da igualdade, e configurando uma “inconstitucionalidade por ação”; por outro turno tais omissões poderão se dar em decorrência de uma apreciação incompleta das situações de fato, sem a intenção ou o propósito de favorecimento de grupos ou pessoas (incompletude regulativa). Diga-se que, neste caso, há uma inconstitucionalidade por omissão. In: *Ibidem*, p. 1024-25.

<sup>640</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 55; 59.

Com relação ao estabelecido no § 2º, do art. 103, da CF, Silva afirma que

[...], a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida.<sup>641</sup>

Nesta hipótese, Silva entende que haveria a conciliação do princípio político da autonomia do legislador, com a efetividade das normas constitucionais. No mesmo sentido, Tavares assinala que não se pode admitir, em razão do sistema de separação de Poderes, que o julgador se passe por legislador, editando a norma requerida pela Constituição. Para o autor, a busca de uma solução só pode ocorrer no campo político, com a imposição de sanções ao legislador renitente, que por sua vez deverão advir do texto constitucional. Ademais, a ADI por omissão objetivaria a integridade da Constituição, e não a tutela de um direito subjetivo.<sup>642</sup>

De outro vértice, Martins defende que declarada a inconstitucionalidade e dada ciência ao Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, determinando-se a mora o Poder competente, possibilitando-se a fiscalização jurisdicional, dando ensejo, com isso, a uma eventual responsabilização por perdas e danos, atribuída à pessoa jurídica de direito público da União, caso haja prejuízo decorrente da omissão. Já no caso da autoridade de órgão administrativo, a fixação de prazo permite a futura responsabilização disciplinar e penal do agente da Administração, na hipótese de descumprimento do prazo. Neste caso, a fixação do prazo apresentaria conteúdo mandamental, cuja desobediência se caracterizaria em crime de desobediência e de responsabilidade.<sup>643</sup>

Neste caso, ocorre problema semelhante ao Mandado de injunção, já que o prazo é estabelecido apenas para o Poder Executivo, e o Legislativo terá apenas a *ciência* da sua omissão. Deste modo, poder-se-ia vislumbrar uma solução razoável para esta questão, em benefício dos jurisdicionados que permanecem de mãos atadas em função da inércia de um Poder Público que existe para servi-los.

Poder-se-ia, por exemplo, se estipular também um prazo para o Legislativo editar a norma determinada constitucionalmente, e que o Supremo Tribunal Federal tenha dado ciência, utilizando-se de dois fundamentos: o *primeiro* seria por analogia ao que já existe para

<sup>641</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48.

<sup>642</sup> Tavares, A. R. *Tribunal e jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>643</sup> Martins, J. R. *O controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 133-34.

o Executivo que recebe prazo para o saneamento de sua omissão; e o *segundo* fundamento seria a necessidade de efetividade do mandamento constitucional. Insiste-se que, neste caso, a alegação do princípio da separação dos Poderes representaria apenas um argumento em favor da inércia dos Poderes da União, e da não efetividade das normas constitucionais.

Quanto aos *efeitos* da declaração de inconstitucionalidade por omissão, Silva afirma que “não se trata de verificar inconstitucionalidade em tese, mas *in concreto*, ou seja, a de que não se produziu uma medida (lei, decreto etc.) concretamente requerida pela norma constitucional.”<sup>644</sup>

A inconstitucionalidade, por ação ou omissão, representa um obstáculo à eficácia ou efetividade das normas constitucionais, na medida em que há uma afronta ao estabelecido no texto constitucional, por atos contrários a este texto ou pela não regulamentação de norma contida na Lei Maior. Neste caso, o Poder Judiciário possui legitimidade para agir exercendo um controle essencialmente jurídico das leis (ou de constitucionalidade). A Constituição prevê o princípio da separação dos Poderes,<sup>645</sup> mas é inaceitável invocá-lo com o propósito de se violar as demais normas e princípios constitucionais.

A não efetividade das normas constitucionais, problema de extrema gravidade que acomete a sociedade brasileira, precisa ser resolvido por meio de várias frentes, quais sejam: ações legislativas, sociais/de grupos e políticas. Além de ações disponíveis para que os cidadãos possam fazer valer os seus direitos (jurídicas).

Por derradeiro, cabe destacar que as normas constitucionais que tratem de matéria relacionada à defesa do *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, dependentes de regulamentação de órgão legiferante que permanecem inertes, são passíveis de ADI por omissão, em favor da eficácia das normas ambientais.

### 3.1.2.4 Ação direta de inconstitucionalidade genérica

A Ação direta de controle de constitucionalidade - de lei ou ato normativo<sup>646</sup> federal ou estadual - existe no Direito brasileiro desde a Constituição de 1946. Cuida-se de

<sup>644</sup> Silva, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>645</sup> Conforme o art. 2º, da Constituição Federal de 1988, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>646</sup> De acordo com Martins, “Ato normativo é uma expressão genérica. Envolve todos aqueles atos que tiverem a característica da normatividade, e esta se verifica por três elementos: a generalidade no comando (dirige-se a todos, indistintamente), abstração (preceitua em tese, e não para um caso concreto) e sua autonomia (obriga por si só). Todos os atos que se revestirem com essas características são atos normativos, e como tal passíveis de controle de constitucionalidade.” In: Martins, J. R. *O controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 108.

controle principal ou concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com Ferreira Filho “em sua origem, alcançava apenas atos provenientes dos poderes estaduais, já que somente era prevista como pressuposto de intervenção federal. A EC 16 de 1965, à Constituição de 1946 a estendeu a atos federais, o que foi mantido no direito posterior.”<sup>647,648</sup>

A competência originária para o julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI genérica) é do STF, com o propósito de se obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual. O objetivo da ADI genérica é banir do ordenamento jurídico leis ou atos normativos, em tese, atingidos pelo vício da inconstitucionalidade. Destaca-se também a competência do Tribunal de Justiça dos Estados, para a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, com fundamento no art. 125, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.<sup>649</sup>

Com relação à ADI genérica referir-se à *lei em tese*, com efeito abstrato, Dinamarco assevera que a Ação civil pública não seria apropriada para exercer tal tarefa, pois não se admite Ação direta de inconstitucionalidade contra leis de efeito concreto. O autor afirma que “pode ser alegada também, incidentalmente, a inconstitucionalidade de algum dispositivo da própria Lei da Ação Civil Pública, por qualquer das partes, como meio de atingir a proteção ao direito material.”<sup>650</sup> Aqui, ele cita o exemplo da alegação de que o sistema especial da coisa julgada violaria determinada garantia constitucional.

Outro exemplo de descabimento da Ação direta de inconstitucionalidade seria a hipótese de pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma *municipal* que afronte normas que tutelam interesses difusos. Isso porque nos termos do art. 102, I, “a”, da CF, o Supremo tem competência para o julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *federal* ou *estadual*, e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. No caso em questão, caberia a propositura de Ação civil pública, com o propósito de impedir a aplicação da lei municipal, com fundamento em sua inconstitucionalidade. Sobre esse ponto, Dinamarco adverte que

<sup>647</sup> Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 40.

<sup>648</sup> Importante destacar que, segundo Tavares, “apenas leis e atos normativos é que podem ser objeto de arguição de inconstitucionalidade por via de ação direta. Os atos judiciais não podem ser questionados sob o ângulo de sua constitucionalidade a não ser pela via recursal. Nunca por meio de ação direta de inconstitucionalidade.” In: Tavares, A. R. *Tribunal e jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>649</sup> O art. 125, § 2º, da CF estabelece o seguinte: “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

<sup>650</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 281.

A via não é inadequada, pois há direitos metaindividuais em jogo e não há outro meio processual cabível para tutelar coletivamente esses direitos. Como a lei diz que todas as espécies de ações são cabíveis para a defesa dos interesses metaindividuais (CDC, art. 83), negar a admissibilidade dessa ação significaria afastar o controle jurisdicional dos interesses metaindividuais, ou seja, resultaria em denegação de justiça.<sup>651</sup>

O art. 103, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece os legitimados ativos para a propositura da Ação direta de inconstitucionalidade, que são os mesmos para a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão. Destaca-se, ainda, a obrigatoriedade do Procurador-Geral da República ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade, e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.<sup>652</sup>

Cabe lembrar que a Lei nº. 9.868/99 regulamenta a ADI genérica, bem como os efeitos provenientes da decisão proferida pelo Supremo. Nas palavras de Ferreira Filho, aquela Lei “deu-lhe expressamente efeito vinculante e eficácia *erga omnes* e permitiu, em certos casos, que somente produza efeito a declaração de nulidade a partir de determinado momento.”<sup>653</sup> O autor ainda afirma que “a jurisprudência do STF entende desnecessária a suspensão da eficácia quando a inconstitucionalidade foi reconhecida em decorrência da ação direta. O efeito dessa decretação, portanto, além de *erga omnes*, é imediato.”<sup>654</sup>

A sentença da ADI genérica faz coisa julgada material, com eficácia contra todos; e vincula as autoridades aplicadoras da lei, assim como a Administração Pública nos seus três âmbitos federativos, proibindo a sua execução.<sup>655</sup> Isso porque o propósito da declaração de inconstitucionalidade *em tese* objetiva retirar de imediato a aplicabilidade da lei, no âmbito do ordenamento jurídico nacional. Contudo, o art. 27, da Lei nº. 9.868/99, que regulamenta a ADI genérica, estabelece que, no caso de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, este - por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social - poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração, ou conferir-lhe a eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou mesmo a partir de outro momento a ser fixado.

Assim, o controle da constitucionalidade das normas (lei em tese) de caráter ambiental, - sejam estas estaduais ou federais, consideradas de efeito abstrato - deverá ser exercido por meio de ADI genérica, representando, dessa forma, mais um instrumento jurídico na defesa e preservação do meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

---

<sup>651</sup> Idem, p. 281-82.

<sup>652</sup> Art. 103, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

<sup>653</sup> Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 40.

<sup>654</sup> Idem, p. 43.

<sup>655</sup> Lei nº. 9.868/99, art. 28, parágrafo único.



### 3.1.2.5 Ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental

De acordo com o § 1º, art. 102, da Constituição da República Federativa do Brasil, cabe ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente do próprio texto constitucional. Esta ação foi regulamentada pela Lei nº. 9.882/99.

Conforme art. 1º, daquela lei, a ação de argüição de descumprimento fundamental “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Trata-se, portanto, de ação preventiva e repressiva (reparatória). O parágrafo único, inciso I, do mesmo dispositivo estabelece que a argüição de descumprimento de preceito fundamental será cabível na hipótese de relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988.

Neste caso, a partir da edição da EC nº. 3/93, abriu-se a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade sobre lei municipal, que antes só era possível pela via difusa. Assim, para a propositura da ação em questão, devem estar presentes os seguintes requisitos: a relevância da controvérsia constitucional; a norma alegadamente violada deve representar um preceito fundamental, de leis ou atos normativos de qualquer esfera governamental, incluídos os anteriores à Constituição.

Mandelli admite também a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente de Constituição Estadual, já que, para o autor, “a ausência de previsão constitucional não pode ser considerada uma negativa implícita.” Segundo ele,

O federalismo supõe diversidades entre as unidades federadas e não há impossibilidade de um Estado-membro apresentar um preceito constitucional estadual próprio que lhe seja fundamental. A competência jurisdicional, neste caso, seria do Tribunal de Justiça do Estado, seguindo parâmetro estabelecido pelo art. 125, § 2º, da CF.<sup>656</sup>

Na procura de uma definição para *preceitos fundamentais*, Mandelli entende que estes certamente representam: a) os princípios fundamentais, relacionados nos arts. 1º a 4º da CF; b) as *cláusulas pétreas*, previstas no art. 60, § 4º, que determina que a Constituição não poderá ser alterada, mediante proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e

<sup>656</sup> MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 148-49.

garantias individuais; e c) os *princípios constitucionais sensíveis*, cuja violação autoriza a intervenção federal ou estadual, previstos nos art. 34, VII, e 35, IV, da Carta Magna. Contudo, o autor adverte que o parâmetro utilizado para a admissibilidade de uma argüição de descumprimento não abarca a totalidades dos preceitos constitucionais, mas apenas aqueles considerados *fundamentais*, conforme dispõe o art. 102, § 1º, da Lei Maior.<sup>657</sup>

Silva, por seu turno, afirma que *preceitos fundamentais*

[...] não é expressão sinônima de “princípios fundamentais”. É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais* (Tít. II).<sup>658</sup>

Destaque-se que o art. 5º, da Constituição Federal de 1988 trata dos direitos e garantias fundamentais, e estabelece, em seu § 2º, que os direitos e garantias expressos na 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.

Assim, como o art. 1º, inciso III, da Carta Magna, elege a *dignidade da pessoa humana* como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, entende-se que o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* poderá ser objeto de argüição de descumprimento de preceito fundamental, não necessariamente em função do que está previsto no *caput* do art. 225 da Constituição, mas com relação a outros princípios que estejam relacionados com a defesa do meio ambiente, e da própria qualidade de vida dos cidadãos, das presentes e futuras gerações.

Além disso, como já foi dito neste trabalho, o conceito materialmente aberto de direito fundamental, estabelecido no art. 5º, § 2º, da CF, aponta para a existência de *direitos fundamentais* positivados em outras partes do texto constitucional, em tratados internacionais, bem como a possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Nesta oportunidade, cabe mencionar a observação de Mandelli no sentido de que

O próprio constituinte não se preocupou em catalogar metodicamente os preceitos fundamentais, estabelecendo na expressão uma necessária densidade típica das normas constitucionais, possibilitando uma interpretação constitucional evolutiva que acompanhe a dinâmica social.<sup>659</sup>

<sup>657</sup> Idem, p. 115; 117.

<sup>658</sup> Silva, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 558-59.

<sup>659</sup> Mandelli Junior, op. cit., p. 65.

Os legitimados para a propositura da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental estão indicados no art. 2º, da Lei nº. 9.882/99. De fato, os legitimados são os mesmos previstos constitucionalmente para a propositura da Ação direta de inconstitucionalidade.<sup>660</sup> Cabe esclarecer que é facultado ao interessado, mediante *representação*, a solicitação da propositura de ação argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.<sup>661</sup>

A argüição de descumprimento de preceito fundamental se dará contra as autoridades ou os órgãos do Poder Público responsáveis pela edição ou realização do ato impugnado. Neste caso, o Advogado-Geral da União adotará a defesa do ato impugnado, assim como o Procurador-Geral da República deverá ser ouvido previamente. Após o julgamento da ação, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados deverão ser comunicados, a fim de que lhes sejam estabelecidas as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.<sup>662</sup>

Quantos aos *efeitos* da decisão, em princípio terão eficácia contra todos (*erga omnes*), e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, podendo ser restringidos tais efeitos apenas na hipótese do art. 11 da Lei nº. 9882/99. Além disso, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo, deste modo, ser objeto de ação rescisória.<sup>663</sup> Contudo, de acordo com o art. 13, da referida Lei, caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo, com procedimento regulamentado no seu Regimento Interno, a fim de que se preserve a sua competência, e se garanta a autoridade de suas decisões.

Na doutrina são levantadas algumas questões a respeito da constitucionalidade, sobretudo dos arts. 11 da Lei nº. 9.882/99 (fixação ou restrição da eficácia da decisão pelo STF). Argumenta-se que os efeitos da decisão do controle de constitucionalidade deveriam ser

---

<sup>660</sup> De acordo com Mandelli Júnior, “Não necessitam demonstrar interesse, podendo ser considerados legitimados neutros ou universais: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Esses legitimados, reconhece o STF, têm interesse em preservar a supremacia da Constituição por força de suas próprias atribuições institucionais. De outro lado, a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou o Governador do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional precisam demonstrar interesse, denominado pelo STF de pertinência temática. Estes são considerados legitimados interessados ou especiais.” In: Idem, p. 150-51.

<sup>661</sup> Lei nº. 9.882/99, art. 2º, § 1º.

<sup>662</sup> Lei nº. 9.882/99, art. 10.

<sup>663</sup> Lei nº. 9.882/99, art. 12.

retirados do próprio texto constitucional, e não de lei ordinária, que concede a um órgão a determinação das conseqüências das suas decisões de inconstitucionalidade, mesmo sendo esse órgão o Supremo.<sup>664</sup> Todavia, Mandelli afirma que

A consideração de determinados efeitos produzidos pelo ato considerado inconstitucional deve sempre estar acompanhada de valores contemplados na Constituição e, ainda, também considerados fundamentais, ou seja, de mesma hierarquia axiológica se comparada ao preceito violado pelo ato infraconstitucional. Dessa forma, o STF não estará convalidando ato infraconstitucional contrário à Constituição, mas estará aplicando a própria Constituição.<sup>665</sup>

A despeito de algumas indicações doutrinárias acerca da inconstitucionalidade de alguns artigos da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, entende-se que esta ação possibilita a solução de controvérsias constitucionais relevantes, podendo contribuir, dessa forma, para a diminuição de recursos de caráter protelatório no âmbito do Poder Judiciário, sobretudo porque, suas decisões são definitivas e com eficácia *erga omnes*.

Finalmente, as decisões proferidas pelo Supremo, em sede de ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental podem representar uma referência acerca da legitimidade ou não dos atos normativos, sobretudo daqueles emanados das entidades municipais, abrindo-se, com isso, mais uma possibilidade de defesa do meio ambiente neste âmbito da Federação.

### **3.1.2.6 Mandado de segurança coletivo**

A Lei nº. 1.533/51, que regulamenta o Mandado de segurança, estabelece em seu art. 1º, que este será concedido com a finalidade de proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Este remédio constitucional normalmente é classificado como repressivo ou preventivo. O primeiro se dá com o propósito de corrigir ilegalidade cometida por autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. O

---

<sup>664</sup> Tal restrição dar-se-á nas hipóteses de comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, onde, por maioria de dois terços de seus membros, o Supremo poderá restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>665</sup> Mandelli Junior, *op. cit.*, p. 183.

Mandado de segurança preventivo serve ao propósito de evitar uma ameaça a direito líquido e certo do impetrante.

De acordo com Oliveira, trata-se de um instituto onde poderão se valer pessoa física ou jurídica, órgãos públicos, inclusive, os despersonalizados (Mesas de Câmaras Legislativas, as Presidências de Tribunais, as Chefias de Executivo e de Ministério Público, etc., ou universalidade legal), com o propósito de proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo, que não possa ser amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade.<sup>666</sup>

Com ralação à finalidade de proteção de *direito líquido e certo*, Leyser comenta que “a jurisprudência predominante situa a questão da liquidez e certeza do direito ao Mandado de segurança no plano estritamente processual, ou seja, no fato certo, capaz de ser comprovado de plano.”<sup>667</sup> Ainda são requisitos, ou condições da ação do Mandado de segurança individual a ilegalidade ou abuso de poder.<sup>668</sup>

O Mandado de segurança, como garantia constitucional, apresenta-se como cláusula pétrea da atual Constituição. Isso porque o artigo 60, § 4º, da Carta Magna afirma serem os direitos e garantias constitucionais insuscetíveis de modificação mesmo por meio de emendas constitucionais.

Quanto às questões ambientais, Oliveira afirma que o Mandado de segurança individual “[...] não se presta à defesa do meio ambiente como *macrobem*. Pode, no entanto, tutelá-lo de forma indireta, na medida em que serve para evitar a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo do impetrante que esteja relacionado com o meio ambiente na sua concepção de *microbem*.”<sup>669</sup>

Macedo comenta que o Mandado de segurança coletivo corresponde à evolução e a uma crescente tendência a proteger os interesses difusos e os coletivos, ampliando-se a legitimação para agir, que vem limitada tanto na Ação popular, como na Ação civil pública, restringindo-a, tão-somente, ao grupo representado pelo ente coletivo. A autora defende, inclusive, a hipótese de que uma associação de moradores - que venha a sofrer ato abusivo ou

---

<sup>666</sup> Oliveira, F. P. M.; Guimarães, F. R. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. Op. cit., p. 129.

<sup>667</sup> LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Mandado de segurança: individual e coletivo*. São Paulo: WVC, 2002. p. 32.

<sup>668</sup> De acordo com Leyser, “A expressão ilegalidade compreende ‘todos os vícios administrativos capazes de ensejar o controle jurisdicional, inclusive o que se queria denominar especificamente de abuso de poder’. O abuso de poder pode se configurar ‘quer quando o agente atua em nome da lei, mas por ela não está autorizado, quer quando age extralimitando as funções que ela traça, quer quando, embora dentro da lei, age em distorção de seus institutos.’” In: Idem, p 33.

<sup>669</sup> Oliveira, F. P. M.; Guimarães, F. R. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. Op. cit., p. 130.

ilegal de uma autoridade que agrida o meio ambiente (ato do administrador autorizando o aterramento de uma lagoa integrante da localidade para fins de loteamento) - estaria autorizada constitucionalmente a impetrar Mandado de segurança coletivo visando à cassação deste ato, desde que preenchidos os requisitos intrínsecos ao *writ*.<sup>670</sup>

Freitas, por seu turno, entende que a Administração Pública poderá utilizar alguns instrumentos para a defesa do meio ambiente por atos de particulares como, v.g., o mandado de segurança ou embargos à execução. O autor afirma que “esta hipótese restringe-se à eventual execução de multa imposta com base, nas leis administrativas de caráter ambiental.”<sup>671</sup>

Quanto à possibilidade da Administração Pública necessitar de prestação jurisdicional - evento não muito comum já que os atos administrativos podem ser executados de plano - poderá haver conflitos, sobretudo quando se tratar de divisão de competências para legislar e fiscalizar as infrações ambientais. Neste caso, Freitas esclarece que “os meios à disposição dos órgãos da administração e de suas autarquias ou empresas públicas serão os previstos na legislação processual civil ou mesmo os atinentes ao mandado de segurança.”<sup>672</sup>

O Mandado de segurança coletivo está previsto no art. 5º, inciso LXX, da CF, que estabelece que o *writ* pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; ou por b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Apesar se não estar presente como legitimado ativo no dispositivo supracitado, o Ministério Público é parte legítima para o ajuizamento do Mandado de segurança coletivo, já que se trata de uma ação *coletiva* que envolve *interesse social*, um dos objetos de defesa daquela instituição. Nestes termos, na hipótese de ação coletiva, sempre estará em jogo interesse social, fato este que fundamenta a intervenção e a ação em juízo, do Ministério Público, conforme art. 127, *caput*, e 129, IX, da Constituição Federal.

Martins ensina que a segurança coletiva é espécie de Mandado de segurança, e os pressupostos constitucionais dos dois institutos são os mesmos. O autor assinala que, em razão da ausência de norma regulamentadora para o instituto coletivo, este se sujeita ao mesmo regime jurídico que disciplina a segurança individual, já que, segundo ele, trata-se do

---

<sup>670</sup> Macedo, *op. cit.*, p. 79-80.

<sup>671</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 135.

<sup>672</sup> Freitas, V. P. *Direito administrativo e meio ambiente*. *Op. cit.*, p. 135.

mesmo instituto, de índole constitucional, diferenciando-se, apenas, *na legitimação coletiva e no tocante ao objeto*, de maior amplitude, alcançando os *interesses metaindividuais*.<sup>673,674</sup>

Assim, o Mandado de segurança coletivo se difere do Mandado de segurança individual pelas partes legitimadas e pelos possíveis beneficiários do *mandamus*, que, no primeiro caso, é uma coletividade. Nestes termos, Dinamarco comenta que

Ele é o mesmo mandado de segurança tradicional (individual), sujeito aos mesmos requisitos, pelo qual se outorgou legitimidade especial a certas entidades representativas de grupos sociais na defesa de direito subjetivo da categoria, quando ameaçados ou violados em direito líquido-e-certo por ato ilegal da autoridade.<sup>675</sup>

Por seu turno, Sirvinskias explica que o Mandado de segurança coletivo “[...] não é utilizado somente para a proteção de interesses metaindividuais ou transindividuais, mas também para outros interesses relacionados à qualidade de vida (interesses difusos) e a interesses do meio ambiente.”<sup>676</sup> A defesa do meio ambiente, neste caso, dar-se-á por substituição processual, numa espécie de legitimação extraordinária, já que o objeto é indisponível para o demandante. A proteção do meio ambiente deverá ser entendida como direito “líquido e certo”, como, por exemplo, na hipótese de ato administrativo que gere dano ambiental.

No entanto, existem controvérsias no âmbito da doutrina, acerca da possibilidade de utilização desse remédio constitucional para a defesa dos interesses difusos. Neste caso, alguns autores entendem que o Mandado de segurança coletivo estaria restrito à defesa de interesses coletivos, ou seja, interesses relativos a um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis. Neste ponto, Dinamarco afirma que

Parte da doutrina entende ainda que o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, cuja redação é dada pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, garante a aplicação do Título III desse código consumerista ao processo do mandado de segurança coletivo. Aparentemente essa corrente doutrinária tem razão. Aliás, adotando-se esse posicionamento, resolver-se-ia, v.g., o problema da extensão subjetiva da coisa julgada.<sup>677,678</sup>

<sup>673</sup> MARTINS, Antônio Carlos Garcias. *Mandado de segurança coletivo: legitimidade para a causa e o regime da coisa julgada*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 61.

<sup>674</sup> Leyser assevera que “O mandado de segurança coletivo difere do mandado de segurança individual no que respeita à legitimação ativa, coisa julgada e quanto à concessão da liminar (art. 2º da Lei nº. 8.437/92).” In: Leyser, *op. cit.*, p. 178.

<sup>675</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>676</sup> Sirvinskias, *op. cit.*, p. 383.

<sup>677</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>678</sup> Importante ainda destacar que, em face da falta de regulamentação própria do mandado de segurança coletivo, o tema da coisa julgada deve ser regulado pelos arts. 103 e 104 do CDC, onde a decisão judicial fará coisa julgada quando for favorável à entidade impetrante, e não fará coisa julgada quando a ela desfavorável, abrindo-

Sobre esse assunto, Martins explica que o art. 21 da LACP, assim como o art. 117 do CDC, determinam a aplicação dos dois diplomas legais para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível. O autor afirma que “[...], o mandado de segurança coletivo, enquanto não editada norma procedimental que *o discipline, pode valer-se das normas previstas no CDC e na LACP*. No entanto, no que toca ao procedimento como um todo, deve a segurança coletiva valer-se dos dispositivos da Lei nº. 1.533/51.”<sup>679</sup>

A alínea *b*, inciso LXX, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, confere a legitimação para a propositura de Mandado de segurança coletivo à “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.” O inciso I, do parágrafo único, do art. 81, do CDC, estabelece que “a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]”.

Dessa forma, não se deve fazer interpretação restritiva do texto constitucional, concluindo-se que as entidades legitimadas devem defender somente os direitos de seus associados, ou de uma categoria ou grupo de pessoas. Aliás, como estabelece o dispositivo supracitado, os interesses difusos são objeto de defesa coletiva, a legitimação prevista em nível constitucional não deveria ser interpretada como restrição à defesa daqueles direitos.<sup>680</sup>

De outro vértice, Oliveira *et al* entendem que não existe a possibilidade de defesa do meio ambiente, como direito difuso, através de Mandado de segurança coletivo, com relação às organizações sindicais, entidades de classe ou organizações. A possibilidade existiria apenas no caso de o legitimado ativo apresentar-se como partido político com representação no Congresso Nacional. Os autores alegam que a expressão “em defesa do interesse dos seus membros ou associados” utilizada na alínea “b”, do art. 5º, inciso LXX, da Carta Magna, não se aplica à alínea “a” do mesmo dispositivo constitucional, já que o

---

se a possibilidade de impetração de mandado de segurança individual, na hipótese da organização coletiva não for bem-sucedida no pleito judicial. Cf. Leyser, *op. cit.*, p. 165.

<sup>679</sup> Martins, A. C. G. *Mandado de segurança coletivo*: legitimidade para a causa e o regime da coisa julgada. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>680</sup> Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Nelson Nery Júnior reconhecem no mandado de segurança coletivo importante instrumento visando a defesa de interesses/direitos difusos, sobretudo em função do que estabelece o art. 5º, LXX, *b*, da CF, que legitima a organização sindical para defesa dos interesses de seus membros ou associados, já que os interesses difusos também dizem respeito a interesses de membros ou mesmo de associados vinculados às organizações sindicais, e a expressão “interesses”, empregada na alínea *b*, refere-se a toda sorte de interesses, excluído o individual, o qual se encontra encartado no inciso LXIX. Cf. Martins, A. C. G. *Mandado de segurança coletivo*: legitimidade para a causa e o regime da coisa julgada. *Op. cit.*, p. 67-68.



objetivo dos partidos políticos não é a satisfação dos interesses particulares de seus filiados, pois a atividade partidária tem por objeto os membros da coletividade em que atuam, independentemente da condição de filiados.<sup>681</sup>

Com o intuito de se conferir maior eficácia àquele dispositivo, entende-se que se deve admitir a legitimação de partido político para a defesa coletiva de direitos, mesmo que a temática não seja relacionada com assuntos político-eleitorais. Assim, o partido poderá defender tanto seus interesses institucionais (legitimação ordinária), quanto os interesses difusos etc. (como substituto processual), defendendo em nome próprio interesses alheios.

Este entendimento, contudo, não é o que prevalece em nível jurisprudencial. De acordo com Leyser, a jurisprudência vem inadmitindo a interposição do Mandado de segurança pelos partidos políticos, especialmente no tocante à legitimação, argumentando-se que o *writ* coletivo mandado somente pode ser utilizado no sentido de defender seus filiados e em questões políticas, quando autorizado por lei ou por estatuto.<sup>682</sup>

Alega-se, ainda, que os interesses difusos não poderiam ser tutelados via Mandado de segurança coletivo pela falta de prova documental do direito líquido e certo. Neste caso, Martins faz o seguinte comentário:

[...] será que um *desmatamento irregular numa reserva ambiental*, provocando, *comprovadamente*, um *desequilíbrio ecológico*, cujos fatos são incontroversos, portanto, indiscutíveis, não autoriza à tutela coletiva, *lato sensu*, por uma associação ambientalista, para tanto valendo-se do *mandado de segurança coletivo*! Evidente que sim, pois, assim lhe autoriza a ordem constitucional!<sup>683</sup>

Importante destacar ainda a observação de Martins, no sentido de que atualmente existe uma tendência de maior preocupação com a realização do direito material, do que propriamente com a forma. O autor afirma que

[...], regras restritivas que intimidam esse exercício devem ser afastadas ou tratadas com *razoável dose de moderação*, já que a preocupação é outra. Aqueles que resistem a aceitar que os *interesses difusos são tuteláveis*, igualmente, pela *segurança coletiva*, fatalmente estão na *contra-mão do constituinte e do processo civil contemporâneo*.<sup>684</sup>

Contudo, o Projeto de Lei nº. 5.067/2001, que tramita atualmente na Câmara Federal, propõe um novo disciplinamento para o Mandado de segurança individual e coletivo.

<sup>681</sup> Oliveira, F. P. M.; Guimarães, F. R. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>682</sup> Leyser, *op. cit.*, p. 162.

<sup>683</sup> Martins, A. C. G. *Mandado de segurança coletivo: legitimidade para a causa e o regime da coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>684</sup> *Idem*, p. 71.

Este projeto determina, em seu art. 21, que o Mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por *partido político* (com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária); ou por *organização sindical, entidade de classe ou associação*.<sup>685</sup>

Todavia, o Projeto exclui da proteção, mediante Mandado de segurança coletivo, os direitos difusos, afirmando-se, nos incisos I e II, do art. 21, que o *writ* coletivo valerá para proteger direitos a) coletivos, ou seja, aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; e b) individuais homogêneos - os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros da impetrante.

Por fim, lamenta-se a tentativa de exclusão do *mandamus* coletivo, para a proteção dos direitos difusos, já que estes poderiam perfeitamente ser protegidos por aquela via, quando lesados ou ameaçados de lesão por ato de autoridade, obtendo-se, dessa forma, uma resposta célere e eficaz para o caso proposto.

### **3.1.2.7 Considerações finais relativas ao controle de constitucionalidade para a defesa do meio ambiente**

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos representa um mecanismo de defesa contra todo o ato estatal que ofenda ou contrarie a Lei Maior, com o propósito de declarar a nulidade, ou a ineficácia daquele ato. Nesses termos, a Constituição de 1988, conhecida como a *Constituição Cidadã*, prevê vários instrumentos (ações, recursos, mandados), que servem de meios para a efetiva aplicação dos direitos, ou seja, para a sua realização no plano dos fatos.

Contudo, mesmo com os direitos e garantias estabelecidos na Carta Magna, existem normas que o constituinte originário determinou posterior regulamentação por órgão legiferante. Dessa forma, o Mandado de injunção e a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão assumem um papel de alta relevância no Direito pátrio, abrindo a possibilidade de se

---

<sup>685</sup> Neste caso, a associação deverá cumprir os requisitos de estar legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

exigir dos órgãos do Poder Público, que aquela determinação estabelecida constitucionalmente seja efetivamente cumprida.

Reconhece-se, atualmente, que o Direito processual moderno, assume novos contornos ou diretrizes, com a tendência de se conferir maior importância ao direito material, de modo a se propiciar ao processo os meios para realizar os fins, ou produzir os efeitos a que ele se propõe, ou seja, a realização de direitos.

Importante ressaltar que, a efetivação dos direitos fundamentais - sobretudo do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, requer a participação ativa do cidadão, já que as questões ambientais representam, atualmente, um problema de extrema gravidade que acomete a sociedade brasileira, e que deverá ser resolvido por ações múltiplas como, por exemplo, ações legislativas, sociais/de grupos; ações políticas; ações jurídicas e, dentro destas, ações de controle de constitucionalidade.

Além disso, os meios para a consecução de uma tutela jurisdicional célere e objetiva devem ser perseguidos no âmbito do Poder Judiciário. Nestes termos, a questão da eficácia *erga omnes*, e do efeito vinculante de algumas ações do controle de constitucionalidade contribuem para o desafogamento do Supremo Tribunal Federal, ajudando a evitar o acúmulo de ações que venham a tratar de questões já discutidas e decididas pela Corte Suprema.

Finalmente, cumpre destacar que a inconstitucionalidade, por ação ou omissão, representa um obstáculo à efetividade das normas constitucionais, na medida em que se afronta o estabelecido no texto constitucional, por atos contrários a este, ou pela não regulamentação de norma contida na Lei Maior.

Neste caso, o Poder Judiciário, representado pelo Pretório Excelso, possui legitimidade para exercer um controle essencialmente jurídico das leis - não substituindo o legislador, já que se deve prezar pelo princípio da separação dos Poderes - *cumprindo a sua função de defesa e guarda da Constituição*, traduzindo-se no respeito ao que lá está estabelecido, tendo-se sempre em vista o interesse da coletividade pela qual ela cumpre a sua vigência.

No próximo item, tratar-se-á de alguns aspectos atinentes à competência no ordenamento jurídico brasileiro e, em seguida, se cuidará de alguns aspectos da *competência ambiental*, a fim de se esclarecer alguns pontos acerca do tema, com o intuito de se conferir maior eficácia às normas ambientais, já que este assunto assumiu grande relevo em pesquisa jurisprudencial realizada nesta Tese, evidenciando problemas que são normalmente

dirimidos mediante interposição de recursos às instâncias superiores, trazendo, dessa forma, encargos e morosidade no âmbito do processo.

### **3.2 A questão da competência ambiental no ordenamento jurídico brasileiro**

As dúvidas ou divergências sobre a *competência* para o julgamento dos casos relativos ao meio ambiente apresentam-se, hoje, como um dos importantes motivos que levam as partes de um processo a interpor recursos nos TRFs e tribunais superiores, apresentando-se, deste modo, como uma forma de retardamento das decisões definitivas. Mas por que esta questão é tão controvertida? E quais seriam as soluções para os problemas relacionados ao tema?

Para tentar responder a estas questões, tratar-se-á primeiramente da *repartição de competências* estabelecida da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, falar-se-á sobre a competência material e legislativa ambiental. Antes, cumpre esclarecer que competência é faculdade de um órgão ou agente do Poder Público proferir decisões no âmbito jurídico.

De acordo com Smanio, “competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões.”<sup>686</sup> Vitta define competência como “a faculdade atribuída a alguém para emitir decisões. Sempre esta respalda por norma constitucional ou por lei.”<sup>687</sup>

A Constituição Federal de 1988 adotou a técnica da repartição de competências entre a União, os Estados e os Municípios, conforme parâmetros acolhidos nas Constituições anteriores, ajustada às necessidades dos dias modernos, visando à efetividade da atuação do Estado. Registre-se ainda que a competência dos órgãos jurisdicionais está disciplinada a partir do art. 86 do Código de Processo Civil.

#### **3.2.1 A repartição de competências**

No Brasil, a repartição de competências entre os entes da Federação sofreu várias modificações no transcorrer da história constitucional do País. A Constituição de 1988 inovou

---

<sup>686</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: Estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 93.

<sup>687</sup> VITTA, Heraldo Garcia. Da definição e da divisão (no direto): da classificação das competências das pessoas políticas e do meio ambiente. *Revista de Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n.19, p. 185-202, 1997. p. 195.

ao instituir a descentralização das decisões (competências), promovendo o fortalecimento dos Estados e Municípios, contrariando a tradição centralizadora do período militar e ditatorial.

Silva esclarece que a “autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal.”<sup>688</sup> Neste caso, não só no campo legislativo, mas também no âmbito do Judiciário existem dificuldades de enquadramento das competências dos entes da Federação.

Atualmente há uma repartição estabelecida segundo o critério chamado de *horizontal*, representando, por exemplo, as competências exclusivas da União (arts. 21 e 22 da CF), dos Municípios (art. 30) dos Estados e do Distrito Federal. E também o critério ou repartição *vertical*. Este último é representado pela competência concorrente deferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal (não aos Municípios).<sup>689</sup> A repartição de competência é realizada pela Constituição Federal, e só por ela, exceto nos casos em que a própria Carta Maior delegar esta função. Neste ponto, Machado afirma que

Leis infraconstitucionais não podem repartir ou atribuir competências, a não ser que a própria Constituição Federal tenha previsto essa situação, como o fez explicitamente no art. 22, parágrafo único, quando previu que a competência comum estabelecendo normas de cooperação será objeto de lei complementar.<sup>690</sup>

Esclarece-se, ainda, que se considera *exclusiva* a competência que cabe apenas a um ente federativo, sem possibilidade de delegação, como, por exemplo, a prevista no art. 21 da CF. Já *privativa* é a competência própria de uma entidade, mas que é possível a delegação, como ocorre no art. 22, parágrafo único, da atual Carta Magna. A competência *comum* é caracterizada pela existência de um campo de atuação comum às várias entidades, mas o exercício da competência por um ente federativo não poderá excluir a competência de outro. Aqui, deve-se atuar de forma coerente, conforme o estabelecido no art. 23 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Por fim, considera-se competência *suplementar* aquela onde o ente poderá suplementar, ou formular normas que regulem o conteúdo de princípios ou de normas gerais, ou ainda que supram a ausência ou a omissão destas. Este tipo de competência está prevista no art. 24, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>688</sup> Silva, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 475.

<sup>689</sup> Art. 24, da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>690</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. Op. cit., p. 100.

### 3.2.2 Competência ambiental

Inicialmente, a repartição constitucional de competências em matéria ambiental deve ser verificada por meio de interpretação sistemática das normas constitucionais. Na distribuição da competência entre os entes federativos, para fins de proteção do meio ambiente, a Constituição estabelece competências administrativas (materiais) e legislativas.

As *competências administrativas* são aquelas que autorizam o Poder Público a exercer determinadas atividades concretas, como, por exemplo, a gestão de certos recursos naturais, o controle da utilização de substâncias perigosas etc. Já as *competências legislativas* são as que atribuem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o poder de legislar e, conseqüentemente, o poder de fiscalizar as atividades nela determinadas.

#### 3.2.2.1 Competência legislativa ambiental: Breves considerações

A competência legislativa diz respeito aos atos legislativos, e poderá ser: *exclusiva*, sendo inadmissível a delegação; *privativa*, onde apenas um ente federativo pode legislar, com possibilidade de delegação de competência a outras entidades; *concorrente*, onde várias entidades podem legislar sobre a mesma matéria; e, por último, *suplementar*, onde um dos entes federados estabelece regras gerais, e outro ente político complementa as referidas regras.

O art. 22, da Constituição Federal, estabelece que compete privativamente à União legislar, por exemplo, sobre: águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; atividades nucleares de qualquer natureza, entre outros. A justificativa para o *tratamento privativo* destes temas é, sobretudo, que tais assuntos são de *interesse nacional*.

De acordo com Marchesan *et al*, “a competência legislativa privativa é, por sua natureza, monopolística e concentrada no titular da competência.”<sup>691</sup> Contudo, o parágrafo único, do art. 22 da Constituição Federal estabelece que a lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias ali relacionadas, havendo, dessa forma, uma *flexibilização* da competência privativa da União, autorizando-se a delegação da competência para os entes estatais. Com relação a este ponto, Freitas observa que

---

<sup>691</sup> Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 47.

Essa forma de delegação legislativa da União aos Estados, no nível dos ordenamentos constitutivos da República Federal, exige lei complementar, portanto, a aprovação da maioria absoluta das duas Casas do Congresso Nacional (art. 69), e não se reveste de generalidade, requerendo, ao contrário, a particularização de “questões específicas”, subtraídas ao elenco das matérias incluídas na privatividade da União.<sup>692</sup>

Neste caso, o autor destaca que se, por exemplo, o Estado pretende legislar sobre mangues, deve primeiramente examinar a lei federal e, na inexistência desta, nada impede que ele legisle, exercendo, neste caso, a competência plena. Mas se existir lei federal, o Estado poderá legislar supletivamente, conforme suas particularidades, desde que não contrarie a lei federal.<sup>693</sup> Assim, a competência legislativa privativa da União é uma prerrogativa deste ente, mas poderá ser delegada aos Estados membros, mediante elaboração de lei complementar, sem contrariar, contudo, a norma federal de caráter geral. A conceituação de norma geral não está estabelecida constitucionalmente. Segundo Machado,

A norma geral visa à aplicação da mesma regra em um determinado espaço territorial. A norma geral federal ambiental, ou em outra matéria de competência concorrente, não precisa necessariamente abranger todo o território brasileiro. Uma norma geral ambiental federal poderá dispor, por exemplo, sobre as áreas previstas no art. 225, § 4º - Floresta Amazônica Brasileira, Serra do Mar, Mata Atlântica, Pantanal e Zona Costeira.<sup>694</sup>

Cabe destacar a obrigatoriedade da União de inserir na norma geral, os termos acordados em tratados ou convenções internacionais ratificados pelo Brasil, e depositados e promulgados nos termos da lei brasileira. Lembrando-se, ainda, do pressuposto de respeito e adequação do disposto em tais tratados com relação a texto constitucional vigente.

O desrespeito às normas federais de caráter geral apresenta-se como um obstáculo à breve solução dos litígios na área ambiental. O controle de tais normas poderá ser exercido pela União por meio de ação judicial, com o propósito de se anular o ato administrativo estadual que invada a competência federal, ou que descumpra normas federais.

Fora essa solução, que é morosa, e acaba estendendo por muitos anos as questões ambientais, Machado adverte que a União ainda tem a possibilidade de não realização de convênios com os Estados e Municípios que descumprirem as normas federais de caráter geral. O doutrinador comenta que “não se pode negar que o controle efetivo da

---

<sup>692</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 57-58.

<sup>693</sup> Freitas, V. P. *Direito administrativo e meio ambiente*. Op. cit., p. 37.

<sup>694</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. Op. cit., p. 97.

implementação das normas federais pelos Estados e pelos Municípios é uma tarefa difícil, dado o número de questões abrangidas e a vastidão do território nacional.”<sup>695</sup>

Com relação ainda à questão de interesse nacional, cita-se o exemplo do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou Recurso em sentido Estrito nº. 3155, cuja decisão foi prolatada em 17/07/2002. A turma, por maioria, vencido o desembargador federal Élcio Pinheiro de Castro, deu provimento ao recurso.

EMENTA: Crimes contra a flora. Mata atlântica. Área de preservação permanente. Interesse. União. IBAMA. Competência. Justiça Federal. - Atribuída à Mata Atlântica, por norma constitucional, a condição de patrimônio nacional, torna-se prevalente o interesse nacional ou da União, que ultrapassa os limites estaduais e as dimensões regionais. (Art. 225 e § 4º, CRFB). - Decorrente da falta de permissão e/ou licença do IBAMA, a possível ofensa aos interesses dessa autarquia, na forma de delito contra área de preservação permanente, atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. (Art. 39 e 51, Lei 9.605/98).

Assim, a Mata Atlântica foi caracterizada como patrimônio nacional, onde prevalece o interesse nacional, conferindo-se competência para a União na defesa deste interesse. Neste caso, utilizou-se o critério de abrangência, que ultrapassa limites estaduais e as dimensões regionais, contudo, poder-se-ia utilizar critério baseado na extrema importância que a Mata Atlântica possui em razão de, além de se tratar de mata nativa originária, ser riquíssima a sua biodiversidade.

Quanto aos Estados, o art. 24, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em alguns dos seus incisos, que compete à União, aos Estados e ao DF legislar concorrentemente sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Tratando da competência concorrente, Ferreira Filho afirma que

Neste campo, compete à União estabelecer apenas as “normas gerais” (art. 24, § 1º). Aos Estados e ao Distrito Federal cabe complementar essas normas, adaptando-as às suas peculiaridades (competência complementar, que a Constituição incorretamente chama de “suplementar”, art. 24, § 2º).<sup>696</sup>

Aqui, Marchesan *et al* destacam que as normas gerais em matéria ambiental podem dispor somente sobre princípios (normas-princípios), ou sobre regulamentações

<sup>695</sup> Idem, p. 101-02.

<sup>696</sup> Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 60.



(normas-regras), com a condição da uniformidade em todo o País, deixando aos Estados-membros maior ou menor espaço normativo para a elaboração de outras normas.<sup>697,698</sup>

Competência complementar significa que pode haver uma pormenorização das normas gerais, ou seja: o estabelecimento de condições para a aplicação das normas gerais; e competência supletiva significa a autorização para legislar, na ausência de normas gerais da União, Estados e Distrito Federal. Aquela normalmente é exercida pelos Estados, e esta última é exercida pelos Municípios suplementando a legislação federal e estadual, no que couber. Sobre esse ponto, Machado esclarece que “não se suplementa a legislação que não exista.” Ele afirma que

Não se suplementa uma regra jurídica simplesmente pela vontade de os Estados inovarem diante da legislação federal. A capacidade suplementar está condicionada à necessidade de aperfeiçoar a legislação federal ou diante da constatação de lacunas ou imperfeições da norma geral federal.<sup>699</sup>

Na falta de normas gerais editadas pela União, os Estados e o Distrito Federal podem editá-las, suprimindo a lacuna, exercendo competência supletiva (art. 24, § 3º). Contudo, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (§ 4º).

Sobre esse ponto, Magalhães defende que a competência suplementar dos Estados se constitui de uma competência supletiva e de uma competência complementar. Segundo o autor, a competência supletiva autorizaria os Estados a suprir eventuais lacunas legislativas da União, mas a norma posterior desta suspenderia os efeitos da norma estadual, na hipótese de conferir maior proteção ambiental, e não suspenderá os efeitos quando proteger menos o meio ambiente. Já a competência complementar permitiria aos Estados completar a norma federal tornando-a mais eficiente em seu dever de proteger o meio ambiente.<sup>700</sup>

A competência concorrente caracteriza-se pela possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria, por mais de uma entidade federativa. Assim, a competência prevista no art. 24 funciona da seguinte forma: à União cabe o estabelecimento de normas

<sup>697</sup> Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>698</sup> Machado informa que “As Constituições brasileiras de 1946 (art.5º, XV) e de 1967 (art.8º, XVII) previram o estabelecimento de ‘normas gerais pela União’ sobre determinadas matérias. Assim, também, a Emenda Constitucional nº. 1/69 (art.8º, XVII). Não previam, contudo, normas gerais sobre meio ambiente, pois o tema nelas não estava incluído especificamente com essa nomenclatura.” In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. Competência comum, concorrente e supletiva em matéria de meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 131. p. 167-74, jul./set., 1996. p. 168.

<sup>699</sup> Machado, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>700</sup> MAGALHÃES, Vladimir Garcia. Competência concorrente em matéria ambiental: proteção ao meio ambiente e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n.2, p. 139-63, jul./dez., 2003. p. 156-58.

gerais sobre as matérias elencadas no artigo em questão. Aos Estados cabe o exercício de uma competência complementar sobre aquelas matérias. Assim, na inexistência de normas gerais, os Estados estarão autorizados a legislar, no atendimento de suas peculiaridades, e esta competência poderá exercer-se tanto para a elaboração de leis, quanto para a edição de decretos, resoluções e portarias.

Todavia, a edição de lei federal posterior à norma estadual suspende a eficácia desta última no que contrariar àquela. Neste caso, cabe esclarecer que a referida *suspensão* habilita o Legislativo do Estado a *revogar* a lei contrária à lei federal, já que a superveniência de revogação da lei federal provoca a vigência do (s) dispositivo (s) suspenso (s) da lei estadual.

Nestes termos, Diniz adverte que, no âmbito ambiental, a competência legislativa dos Estados não é irrestrita, e a legislação estadual que contrariar a lei federal poderá ser objeto de ação cabível para obtenção da declaração de inconstitucionalidade, pois os Estados devem legislar supletivamente, respeitando a lei federal, ou particularizadamente em âmbito autônomo.<sup>701</sup>

O § 1º, do art. 25 da Constituição Federal de 1988 estabelece que são reservadas aos Estados as competências que não sejam vedadas pela Carta Maior. Nestes termos, os Estados poderão legislar, mas sempre com o cuidado de não ultrapassar os limites de sua autonomia estabelecidos na própria Constituição da República Federativa do Brasil, como os que tratam das competências privativas da União e dos Municípios (arts. 21, 22 e 30), além de observar a norma do art. 24 que trata, entre outras, da edição de normas de caráter geral pela União, às quais os Estados deverão respeitar por motivo de hierarquia normativa.

Freitas entende que os Estados não têm competência própria, esta se daria por exclusão, quando a matéria não for privativa da União e dos Municípios. Ademais, a competência seria concorrente quando a matéria pertencesse à União e aos Estados como, v.g., no caso da competência para legislar sobre florestas (CF, art. 24, VI). O autor explica que, no Brasil, o Código Florestal passou a ser considerado norma geral depois da vigência da Constituição de 1988; por isso, hoje, caberia às duas pessoas políticas legislar sobre a matéria, sendo que os dispositivos contido naquele Código são considerados princípios gerais obrigatórios, que devem ser observados pelo Estados, quando estes legislarem sobre florestas.<sup>702</sup>

---

<sup>701</sup> DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Meio ambiente: competência para legislar sobre direito ambiental. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 2, n.7, p. 23-26, set./out., 2000. p. 24-25.

<sup>702</sup> Freitas, V. P. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. *Op. cit.*, p. 59.

De acordo com Magalhães, a competência concorrente para legislar em matéria ambiental deve ser interpretada aplicando-se o princípio da precaução, permitindo-se que os Estados criem leis específicas, de acordo com suas próprias realidades, aumentando, com isso, a eficácia na consecução do objetivo de proteção ambiental. Segundo o autor, a repartição de competência legislativa representa instrumento de conciliação e interdependência entre os Estados e a União, com a autonomia destes, nos termos da competência concorrente dos entes federados, estabelecida no art. 24 da Carta Magna. Assim, a União é competente para estabelecer normas gerais, e aos Estados resta a competência suplementar.<sup>703,704</sup>

A competência concorrente apresenta-se, dessa forma, como um instituto que valoriza o federalismo, no âmbito da preservação ambiental em todo o País, e ainda contribui para que as presentes e futuras gerações realizem o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como determina o art. 225 da Constituição Federal, conciliando-se esta com a atividade econômica nacional, conforme o que estabelece o art. 170 da Lei Maior.

Esclarece-se que a Constituição da República Federativa do Brasil não atribui aos Municípios competência legislativa concorrente com a União, Estados e Distrito Federal. Contudo, lhes confere a competência de suplementar à legislação federal e estadual, no que lhe couber (assuntos de seu peculiar interesse).<sup>705</sup> Assim, entende-se deve haver uma boa coordenação entre as entidades federativas envolvidas quando se trata de proteção ao meio ambiente. Além do respeito, obviamente, às normas hierarquicamente superiores em nível de competência concorrente, quando for o caso.

No entanto, Magalhães defende que, na dinâmica entre a norma federal e as normas estaduais, deverá sempre prevalecer a norma mais protetora ao meio ambiente. Deste modo, se a norma federal for mais protetora que a norma estadual, esta se tornará inconstitucional devendo ser suspensa. Mas, se a norma estadual for mais protetora, a norma federal deveria ter a sua eficácia suspensa no território daquele Estado. Nestes termos, a norma menos protetora seria sempre considerada inconstitucional do ponto de vista material, mas a norma em si não conteria o vício da inconstitucionalidade, devendo sua eficácia ser suspensa no caso concreto (controle de constitucionalidade incidental), com sentença de

---

<sup>703</sup> Magalhães, *op. cit.*, p. 147.

<sup>704</sup> Segundo Ferreira Filho, trata-se de competência *complementar*, e não suplementar como está escrito na Constituição Federal.

<sup>705</sup> Art. 30, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

eficácia *inter partes*, e efeitos *ex tunc*, fulminando, dessa forma, a aplicação desta norma para as partes desde a entrada em vigor da norma ambiental mais benéfica.<sup>706</sup>

Evidentemente que, se por Ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), a norma, seja ela mais ou menos protetora, for considerada inconstitucional, no âmbito da competência concorrente, a declaração de inconstitucionalidade terá eficácia *erga omnes*. Sobre esse ponto, Magalhães comenta que o art. 24, da Carta Magna, não possui redação clara, sugerindo ele a elaboração de emenda constitucional para melhor explicitar que a norma estadual somente estará suplementando a norma da União, quando aperfeiçoar esta no sentido de conferir maior grau de proteção ao seu objeto. O autor ainda lamenta a posição do STF (ADI 2.356 e ADI 2.396), no sentido de que este tribunal assumiu o risco de permitir que eventualmente uma legislação da União, que diminua a proteção ambiental para possibilitar uma exploração econômica mais intensiva e, portanto, mais lucrativa, dos recursos naturais, não possa ser suspensa por leis estaduais mais protetoras.<sup>707</sup>

Neste caso, os Estados mais comprometidos com a preservação ambiental determinada pelo art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil, não teriam o poder de impor regras para a melhor realização desse fim.

Com relação à competência privativa dos Estados, estes poderão legislar sobre os bens que lhe pertencem, descritos no art. 26 da Constituição; além disso, poderão legislar sobre a instituição de regiões metropolitanas aglomerações urbanas e microregiões, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, como estabelece o art. 25, § 3º, da Carta Magna.<sup>708</sup>

O §1º, do art. 32, da Constituição Federal de 1988, estabelece que ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. Nestes termos, Ferreira Filho esclarece que

A competência exclusiva do Distrito Federal abrange o que não foi atribuído à União (ou não foi incluído no campo das competências concorrentes), mas também o que foi conferido ao Município (art. 32, § 1º). A competência exclusiva do Município abrange o que for assunto de “interesse local” (art. 30, I).<sup>709</sup>

Os Territórios terão a sua organização administrativa e judiciária estabelecidas por lei,<sup>710</sup> e, cabe lembrar, que o Território de Fernando de Noronha foi incorporado ao Estado de

<sup>706</sup> Magalhães, *op. cit.*, p. 150.

<sup>707</sup> *Idem*, p. 158-59.

<sup>708</sup> Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>709</sup> Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 59-60.

<sup>710</sup> Art. 33, da Constituição Federal de 1988.

Pernambuco pela Constituição Federal de 1988, e que atualmente não existe qualquer Território no País.

Com relação à competência dos Municípios para legislar em matéria ambiental, importa destacar que a competência estabelecida no art. 23 da Constituição não é legislativa, mas para a atuação na proteção do meio ambiente. Já o art. 30, da Carta Magna, estabelece que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, além de estar autorizado a suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Neste caso, o Município não poderá abolir ou contrariar as normas federais ou estaduais sobre o assunto, mas poderá, contudo, formular exigências adicionais, conforme seu interesse peculiar, e de acordo com o caso concreto.

Os Municípios, que são regidos por lei orgânica aprovada pela Câmara Municipal, devem ater-se aos princípios da Constituição Federal e da Constituição do respectivo Estado,<sup>711</sup> já que cuida-se de entidade política, com autonomia e competência mínima rigidamente estabelecida. Lembrando-se que o art. 18, da Lei Maior confere autonomia aos entes que compõem a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, quais sejam: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Ao tratar dos Municípios, Ferreira Filho afirma que a competência atribuída aos mesmos é concedida pela Constituição, assim como ocorre com a União. Segundo o autor, a União e o Município

[...] têm os poderes enumerados; os Estados-Membros, os poderes remanescentes. Sua competência, pois, impõe-se, ainda que implícita, aos poderes estaduais remanescentes e até aos poderes da própria União. Tal deflui do art. 102, III, c, pois aí se vê que a regra local pode impor-se à regra federal, dentro de sua esfera.<sup>712,713</sup>

Outro exemplo seria o dos incisos III e IX, do art. 30, da Constituição Federal, que estabelece a competência dos Municípios para a instituição e arrecadação de tributos de sua competência, além da aplicação das suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei. Também compete ao Município a promoção da proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Mattos Neto destaca que na Constituição o critério de repartição de competências entre os entes federativos é o da predominância do interesse, ou seja, à União compete matéria

<sup>711</sup> Art. 29, da Constituição Federal de 1988.

<sup>712</sup> Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 70.

<sup>713</sup> Diz o dispositivo em questão: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”

de interesse geral ou nacional; aos Estados caberiam as matérias de interesse regional; e, a partir da Carta de 1988, os Municípios passaram a ter governo próprio e competências exclusivas e poder de auto-organização. Com relação à autorização constitucional do Município legislar sobre interesse local, o autor explica que, atualmente, a expressão *interesse local* agrega o mesmo sentido do termo anteriormente utilizado *peculiar interesse*, ou seja,

[...] aquele que ao município interessa predominantemente e não exclusivamente. Nesse diapasão, o interesse protegido pela Constituição é o peculiar, ou seja, o próprio, o especial, o particular de dado município, mas não a ele exclusivo o que, aliás, a rigor, inexistente, pois o que é de interesse de uma localidade o é para o estado-membro e para o país inteiro.”<sup>714</sup>

Assim, alguns autores entendem que o interesse local não se caracteriza pela exclusividade, mas pela predominância. Nestes termos, a União não poderia prejudicar o direito da Administração Pública municipal de promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado. De acordo com Marchesan *et al*, o Município poderá intervir, entre outras, nas áreas e leis que versem sobre: “(a) licenciamento ambiental; (b) plano diretor do Município; (c) lei do uso e ocupação do solo; (d) código de obras; (e) código de posturas municipais; (f) legislação tributária municipal; (g) lei de orçamento do município.”<sup>715</sup>

Em regra o Município não pode legislar em questões que extrapolem os seus interesses. Isto quer dizer que deve, este ente da Federação, levar em conta todos os dispositivos sobre a matéria, estabelecidos na Constituição Federal, e na Constituição do respectivo Estado, ou seja, ele deve zelar pelo cumprimento destas leis.

Sobre a questão da competência legislativa do Município, importa citar o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Apelação Cível, Processo nº. 9604502166, cuja decisão foi prolatada em 22/09/1998. Diz a ementa do acórdão:

Ementa: Ação popular. Danos ao meio ambiente. Lei 3099/88 Municipal. Construção de via pública em área de preservação permanente (Lei 4771/65, art. 2, Let-f). 1. O município não tem liberdade irrestrita para legislar acerca de assuntos de interesse local. O art. 30, inc, I, da CF-88 deve ser lido em consonância com os demais preceitos constitucionais. No caso dos autos, interessa a leitura em conjunto com o art. 24, inc. VI da CF, o qual confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar acerca de proteção ao meio ambiente. Desse dispositivo conclui-se que a Lei 4771/65 foi recepcionada pela atual Carta Magna, devendo as leis de hierarquia inferior respeitar os seus preceitos. 2. A criação de uma via pública dentro de uma área de preservação permanente contraria frontalmente os interesses defendidos pela Lei 4771/65, Art. 2º, LET-F, não só porque implicará na retirada parcial da cobertura vegetal existente, mas também porque favorecerá a especulação imobiliária e outras formas de agressão à área,

<sup>714</sup> MATTOS NETO, Antonio Jose de. Competência legislativa municipal sobre meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 4, n.14, p. 120-33, abr./jun., 1999. p. 128.

<sup>715</sup> Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 48.

reconhecida como de grande valor ecológico. 3. Ilegalidade da Lei Municipal n. 3099/88.

Neste caso, a lei municipal foi considerada ilegal, passível de anulação. O acórdão teve como fundamento o fato de que a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos locais, estabelecida no art. 30, inciso I, da Constituição Federal, deverá ser interpretada em consonância com o art. 24, inciso VI, que dispõe sobre a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre matéria ambiental. Assim, o Tribunal decidiu que a criação de via pública dentro de uma área de preservação permanente contraria os interesses defendidos no Código Florestal, que é uma lei federal, e não pode, por motivo de hierarquia, ser contrariado por lei municipal.

Nesse sentido, Marchesan *et al* afirmam que o art. 24 há de ser interpretado em conjunto com os arts. 30, incisos I e II, e ainda com o art. 182, § 1º, todos da Constituição Federal.<sup>716</sup> Deste modo, antes de se apurar a competência legislativa do Município, deve-se verificar, como procedimento padrão, a competência legislativa concorrente dos Estados, União e Distrito Federal. Vale destacar ainda que o art. 6º, § 2º, da Lei nº. 6.938/81, autoriza os Municípios a elaborar normas ambientais, com a condição de observância das normas e os padrões federais e estaduais.

O inciso II do art. 30 da Constituição estabelece que aos Municípios compete complementar a legislação federal e estadual no que couber. Tal disposição era inexistente na Constituição anterior. Mas deve-se atentar para o fato de que o Município só poderá complementar matérias nas quais a competência da União ou dos Estados não seja exclusiva e privativa, mas concorrente. Nesse sentido, Mattos Neto esclarece que o Município pode complementar norma geral da União ou do Estado; mas se inexistir lei federal ou estadual, o Município pode instituí-las, com fins de atendimento de suas peculiaridades. Mas, a superveniência de lei federal ou estadual sobre normas gerais suspende a eficácia da lei municipal naquilo que lhe for contrário. Além disso, segundo o autor, o Município pode complementar legislação estadual proveniente da competência residual ou remanescente dos Estados (art. 25, § 1º, da CF), desde que exista o interesse particular.<sup>717</sup>

Sobre a questão do caráter geral ou local de uma norma, e tratando do exemplo de uma norma elaborada para a região amazônica, Freitas sustenta que

Dir-se-á que ela não alcança todo o Brasil e que por isso o interesse é local. Assim não pensamos, com a devida vênua. Isto porque a selva amazônica transcende os

---

<sup>716</sup> Idem, p. 50.

<sup>717</sup> Mattos Neto, A. J. *Competência legislativa municipal sobre meio ambiente. Op. cit.*, p. 129-30.

limites de seu território e hoje é tida como patrimônio da humanidade. Os reflexos dos danos que a ela venham a ser causados estendem-se a todos os brasileiros e não apenas aos que habitam naquela região.<sup>718</sup>

Neste caso, o que se deve visualizar é a interdependência que figura entre as várias reservas naturais existentes no Brasil. A questão da interdependência vem sendo muito discutida com relação ao fenômeno da globalização, mas deve ser transposta para área ambiental, já que as divisões políticas dos Estados não impedem que o dano proveniente da degradação ambiental ultrapasse as suas fronteiras.

Freitas ainda cita o exemplo de resolução do IBAMA sobre a pesca de determinado peixe nos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Nesta hipótese, questionou-se se a norma é de caráter geral ou seria local. Aqui, o autor classifica-a como uma norma geral, pois, segundo ele, a preservação da fauna ictiológica foi objeto de adesão do Brasil à Convenção realizada em Genebra em 1958 (DL 45/68); e, sendo evidente que os resultados da pesca em um Estado-Membro se reflete nos demais, caberia à União legislar a respeito, pois tratar-se-ia de uma norma de caráter geral.<sup>719</sup>

Importa destacar que a repartição de competências entre os entes da Federação é motivo de dúvidas entre os juristas brasileiros. De um lado estão aqueles que sustentam que aos Municípios cabe legislar apenas supletivamente em matéria de meio ambiente; e, de outro lado, estão os que, tendo em vista o que prescreve o inciso II do art. 30, cabe aos Municípios legislar supletivamente em matéria ambiental, desde que o assunto seja de interesse local (art. 30, II).

Neste caso, está-se diante de aparente problema hermenêutico, mas entende-se que, o Município está autorizado a suplementar a legislação federal e estadual no que couber, e legislar sobre interesse local. Isto porque uma atribuição não exclui a outra já que o legislador as dispôs em incisos diferenciados. Ademais, o estabelecimento de definições rígidas a respeito da competência municipal, no âmbito doutrinário seria inútil, já que esta análise deverá ser realizada de forma sistemática e mediante a análise do caso concreto.

Com relação à legislação municipal supletiva, a ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº. 29299, cuja decisão foi prolatada em 28/09/1994, onde se negou provimento ao recurso por unanimidade, diz o seguinte:

Ementa: Constitucional. Meio ambiente. Legislação municipal supletiva. Possibilidade. Atribuindo, à Constituição Federal, a competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição

<sup>718</sup> Freitas, V. P. *Direito administrativo e meio ambiente. Op. cit.*, p. 36.

<sup>719</sup> Idem.



em qualquer de suas formas, cabe, aos Municípios, legislar supletivamente sobre a proteção ambiental, na esfera do interesse estritamente local. A legislação municipal, contudo, deve se restringir a atender as características próprias do território em que as questões ambientais, por suas particularidades, não contem com o disciplinamento consignado na lei federal ou estadual. A legislação supletiva, como a cediço, não pode ineficacizar os efeitos da lei que pretende complementar. Uma vez autorizada pela União a produção e deferido o registro do produto, perante o ministério competente, e defeso aos Municípios vedar, nos respectivos territórios, o uso e o armazenamento de substâncias agrotóxicas, extrapolando o poder de complementar, em desobediência a lei federal. A proibição de uso e armazenamento, por decreto e em todo o Município constitui desafeição a lei federal e ao princípio da livre iniciativa, campo em que as limitações administrativas hão de corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva, sem o aniquilamento das atividades reguladas. Recurso conhecido e improvido. Decisão indiscrepante.

Assim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, apesar de admitir a possibilidade de o Município legislar supletivamente sobre assuntos de *interesse estritamente local*, concluiu pela ilegalidade do decreto municipal, por violação à lei federal. O referido Tribunal argumentou que a legislação supletiva não pode tornar ineficaz os efeitos da lei que pretende complementar, neste caso, não há que se extrapolar as peculiaridades municipais e, ainda, deve-se respeitar as normas estaduais e federais sobre a matéria.

Contudo, ainda há uma grande dificuldade de identificação do tipo de interesse existente em matéria ambiental, já que mesmo o interesse federal ou estadual poderá interessar à comunidade local, e essa intersecção de interesses traz uma grande carga de subjetividade, o que causa grandes dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Mas o que se deve ressaltar é o dever que o legislador possui de proteger o meio ambiente, fato este fundamentado, sobretudo no *caput*, do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras. De acordo com Canotilho,

O Estado terá o dever de agir normativamente quando a edição de uma norma é condição indispensável à protecção do ambiente. As dificuldades operatórias das omissões normativas ambientalmente ecológicas não devem ser subestimadas. É óbvio que o Estado tem o dever geral de emanar normas indispensáveis à protecção de bens e direitos constitucionais. O problema está em derivar deste dever geral um dever concreto de normação e a forma de efectivar este último.<sup>720</sup>

Com relação às omissões legislativas, Canotilho explica que na hipótese dos direitos fundamentais serem objeto de agressões irreparáveis ou de ameaça efetiva de lesões irreparáveis - lembrando-se, neste caso, da tendência de irreversibilidade dos danos ao meio ambiente - poder-se-á falar de um dever de normação ambiental.<sup>721</sup>

<sup>720</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Estado constitucional ecológico e democracia sustentada*. Op. cit., p. 11.

<sup>721</sup> Idem, p. 12.

No Brasil, este dever de normação estaria representado pelo Mandado de injunção, mas isso só na falta de regulamentação de uma norma constitucional já existente. Assim, o Poder Legislativo, de todos os níveis da Federação, tem a responsabilidade e o *dever de normação ambiental*, ou seja, à medida que os problemas ambientais forem surgindo, há que se elaborar normas capazes de servir de instrumentos para os cidadãos solucionarem os problemas relacionados ao meio ambiente, exercendo, deste modo, a cidadania ecológica.

Por fim, ressalte-se que - mais do que uma reforma no ordenamento jurídico brasileiro, na parte que trata da proteção ambiental – necessita-se de maior comunicação e coordenação entre os entes políticos, a fim de que o trabalho desenvolvido pelas entidades que atuam na área ambiental seja mais efetivo. Além disso, ainda é necessário que o assunto seja tratado com clareza e ordem, com o propósito de se colaborar com os operadores jurídicos na solução de casos apresentados perante os juízes e tribunais.

Atualmente, - em razão das recentes mudanças que estão delineando um *novo* processo civil, ou um processo civil mais moderno - o meio para dirimir as dúvidas existentes acerca do tema da *competência legislativa ambiental* pode estar contido na jurisprudência, já que esta pode demonstrar os pontos fortes e as debilidades do sistema, refletidos no âmbito jurídico-social. Deste modo, pela observação da jurisprudência, poder-se-á detectar alguns mecanismos ou elementos para a solução de problemas relativos à matéria, de modo a se conferir maior eficácia às normas ambientais, e a garantir processos mais céleres e econômicos no âmbito do Poder Judiciário.

### **3.2.2.2 Competência material ambiental: Aspectos relevantes e polêmicos**

Além da competência legislativa ambiental há a competência material em matéria de meio ambiente, que confere à pessoa jurídica de direito público o poder de sancionar e fiscalizar este âmbito específico. Segundo Freitas, “competência material é a que atribui a uma esfera de poder o direito de fiscalizar e impor sanções em caso de descumprimento da lei. É identificada pelo uso dos verbos ‘prover’, ‘editar’, ‘autorizar’, ‘promover’, ‘administrar’ e ‘organizar’.”<sup>722</sup>

Marchesan *et al* afirmam que “competência material é a que atribui a uma esfera do poder o direito de estabelecer estratégias, políticas públicas e para o exercício do poder de

---

<sup>722</sup> Freitas, V. P. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. *Op. cit.*, p. 71-72.

polícia em caso de descumprimento da lei.”<sup>723</sup> Esta poderá ser exclusiva, ou seja, indelegável, a exemplo do que estabelece o art. 21, da Constituição Federal; ou cumulativa, envolvendo dois ou mais entes federativos, como no caso do artigo 23, da Carta Magna.

A competência material da União está definida no art. 21 da CF, e dentre elas está a instituição de sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, e definição de critérios de outorga de direitos de seu uso. Ainda compete materialmente à União, por exemplo, a exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, além do exercício do monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados. Além disso, o art. 176 da Lei Maior enquadra as jazidas, demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica - como propriedade distinta da do solo, e pertencentes à União, assegurando-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra.<sup>724</sup> Neste caso, destaque-se que o referido ente federativo deve autorizar (ou conceder) a pesquisa, lavra e aproveitamento de tais recursos; e a fiscalização e demais atos da Administração são de competência do governo federal.

O art. 177, da Constituição da República Federativa do Brasil, ainda atribui como competência material da União - apresentando como monopólio desta - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, assim com a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, atividades estas consideradas de alto risco para o meio ambiente, em função do seu potencial poluidor.

A competência material dos Estados está determinada nos §§ 1º e 2º, do art. 25 da Lei Suprema, onde se reservou aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição Federal. Além disso, cabe a estes entes a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, sendo proibida a edição de Medida Provisória para a sua regulamentação.<sup>725</sup>

A Constituição dispõe explicitamente sobre a competência da União e dos Municípios; já a competência material dos Estados é considerada remanescente. Lembrando-

---

<sup>723</sup> Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>724</sup> O § 1º do art. 176, da Constituição Federal de 1988 estabelece que, a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, dar-se-ão apenas por autorização ou concessão da União, no interesse nacional, para brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras, e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

<sup>725</sup> Destaque-se que o art. 26 trata dos bens pertencentes aos Estados. Neste dispositivo está estabelecido que se incluem entre os bens dos Estados: as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; e as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

se, ainda, que a única competência explícita atribuídas aos Estados é a de exploração diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado.

No entanto, Marchesan *et al* entendem que o Estado tem competência material para agir no âmbito administrativo, mesmo nas hipóteses em que a legislação seja da União ou do Município.<sup>726</sup> Deste modo, a aplicação de sanções administrativas (ou a legitimidade para a aplicação das mesmas), por exemplo, podem ser exercidas pelos Estados mesmo tendo por base legislação federal. Isso se daria pelo fato de que o art. 25, da Carta Magna, estabelece que os Estados devem se organizar e reger pelas Constituições e leis que adotarem, observando, no entanto, os princípios da Constituição da República Federativa do Brasil. Além disso, o § 1º, do artigo e questão, determina que as competências que não lhes são vedadas pela Lei Maior são reservadas aos Estados.

Assim, em que pese a obrigação dos Estados de observarem os princípios estabelecidos na Constituição Federal, eles têm competências próprias, excluindo-se aquelas reservadas à União ou aos Municípios (art. 25, § 1º). Os Estados ainda possuem receitas próprias resultantes, inclusive, de tributos privativos.<sup>727</sup> Além disso, os poderes estaduais não estão sujeitos aos poderes federais correspondentes, como não o está a Administração estadual à federal.<sup>728</sup>

Em matéria de competência material ambiental do Município, esta está associada à idéia de interesse local. Neste caso, Freitas cita o exemplo de um bem tombado de interesse histórico exclusivo do Município, como uma casa em que viveu uma personagem importante para a comunidade local, que deverá ser objeto de zelo e fiscalização privativa municipal. Segundo o autor, pode-se exemplificar, ainda com a regra prevista no art. 144, § 8º, da CF, que permite aos Municípios constituir suas guardas destinadas à proteção dos seus bens, incluindo aqui os bens ambientais, como parques, praças etc., como ocorreu em Curitiba, onde após a vigência da Lei nº. 9.605/98, a Prefeitura Municipal criou, na Guarda Municipal, um setor ambiental.<sup>729</sup>

Contudo, é importante repetir que a competência material ou legislativa não exclui do dever de fiscalização dos outros entes da Federação. Afinal, o art. 23, VI, da Constituição Federal determina a competência comum destes para “proteger o meio ambiente e combater a

---

<sup>726</sup> Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>727</sup> Art. 155, da Constituição Federal de 1988.

<sup>728</sup> Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 67.

<sup>729</sup> Freitas, V. P. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. Op. cit.*, p. 74.

poluição em qualquer de suas formas.” Aqui, o dever de fiscalização está implícito no exercício do poder de polícia da Administração sobre bens ambientais.<sup>730</sup>

No tocante à competência comum, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são competentes para proteger documentos; obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural; monumentos; paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; bem como preservar florestas, fauna e flora. E essa proteção se realiza por meio do poder de polícia da Administração, que deve se destacar, sobretudo, no exercício da fiscalização das atividades degradadoras ou potencialmente danosas àqueles bens.

Esclarece-se que a competência comum prevista no art. 23, da Constituição da República Federativa do Brasil, é também chamada de competência administrativa; e, segundo Greco, esta pressupõe idêntica competência legislativa, pois, pelo princípio da legalidade, a esfera de Poder que recebe determinado encargo administrativo deve primeiro legislar sobre essa matéria para legitimar a sua ação nessa área. O autor entende que o parágrafo único, do dispositivo em questão, evidencia que a área de administração comum não deve estar sujeita ao desperdício de esforços e à superposição de atividades entre os órgãos entre si autônomos, significando a limitação do exercício da competência para os poderes locais, em razão de regras de interligação e coexistência de outras esferas de poder estatal, e mesmo órgãos federais devem prevalecer, em função da maior generalidade de que se revestem os interesses nacionais, em relação aos interesses locais ou regionais.<sup>731</sup>

Trata-se de uma corrente doutrinária que interpreta o art. 23, da Constituição Federal, no sentido de que a competência para exercer o poder de polícia pertence ao ente que tiver a competência legislativa correspondente, exceto se a Constituição Federal dispuser em sentido contrário, havendo, assim, a desnecessidade de edição de lei complementar escrita no parágrafo único do artigo em questão.

Por seu turno, Vitta considera que a competência administrativa comum do art. 23 estabelece-se, independentemente da competência legislativa concedida pela Constituição.

---

<sup>730</sup>Conforme o art. 78, do Código Tributário Nacional, “Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização de Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

<sup>731</sup> GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 137-55, 1995. p. 141-42.

Assim, para o exercício da atividade administrativa, o ente político poderá tanto utilizar-se as normas do outro ente político, quanto editá-las na insuficiência da legislação deste.<sup>732</sup>

De fato, a competência comum estabelecida no art. 23 da Lei Maior, impõe aos entes federativos o dever de zelar pela proteção ambiental, seja pela elaboração e execução de políticas públicas, seja pelo exercício do poder de polícia administrativa. Afinal, o *caput* do art. 225, da Constituição Federal, que nos confere o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

Sobre esse assunto, Freitas destaca que, em face da competência comum, não importa a pessoa que detém o domínio do bem ou o ente que legislou a respeito, pois todos podem atuar na preservação do meio ambiente. O autor exemplifica da seguinte forma:

Suponha-se, por exemplo, que o município de Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná, tome medidas administrativas para preservar a fauna do Parque Nacional do Iguaçu. Muito embora esse parque seja nacional, criado que foi pelo Decreto 1.035, de 10.01.1939, sendo explícito o art. 5º a respeito de tal condição, nada impede a iniciativa municipal.<sup>733</sup>

Na opinião de Vitta, na competência administrativa comum ou paralela, as entidades políticas exercem atividades concretas, sem que nenhuma delas tenha exclusividade, já que no art. 23 são elencadas as atividades desenvolvidas por todas as pessoas jurídicas de direito público interno.<sup>734</sup> Nestes termos, conforme aquele dispositivo, qualquer ente da Federação é competente para a aplicação de legislação ambiental, mesmo que esta não seja de sua autoria. Ou seja, o Estado poderá, portanto, aplicar tanto as normas federais, quanto as municipais.

Porém, ainda existe uma terceira corrente doutrinária que defende o princípio da subsidiariedade,<sup>735</sup> que estabelece a atuação do ente de nível político mais baixo possível, por serem os mais próximos do problema a ser solucionado.

<sup>732</sup> VITTA, Heraldo Garcia. Da divisão de competências das pessoas políticas e o meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 3, n.10, p. 93-101, abr./jun., 1998. p. 100-01.

<sup>733</sup> Freitas, V. P. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>734</sup> Vitta, H. G. *Da definição e da divisão (no direto): da classificação das competências das pessoas políticas e do meio ambiente*. *Op. cit.*, p. 196.

<sup>735</sup> Sobre a *subsidiariedade*, Marchesan *et al* comentam que “A respeito do árduo tema, há precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça acolhendo o princípio da subsidiariedade, em que a atuação dos órgãos federais seria supletiva em relação aos entes estaduais. Assim o Resp. 467.212-RJ em que se estabeleceu que ‘a competência da Capitania dos Portos não exclui, mas complementa, a legitimidade fiscalizatória e sancionadora dos órgãos estaduais de proteção do meio ambiente’, reconhecendo-se a efetividade do art. 14, parágrafo 2º, da Lei 6938/81, segundo o qual a atuação federal só ocorrerá quando omissa a autoridade estadual ou municipal.” In: Marchesan *et al*, *op. cit.*, p. 46.

Segundo Marchesan *et al*, em razão da competência comum ambiental, e, considerando o princípio da subsidiariedade inerente ao modelo federativo, a competência do órgão federal de gestão ambiental exerce-se, de forma complementar à atuação do órgão estadual congênere na fiscalização e concessão de licenças e autorizações ambientais. A autora destaca que o art. 10, da Lei nº. 6.938/81, estabelece que o IBAMA deve atuar em caráter supletivo em relação ao órgão ambiental estadual no que se refere ao licenciamento ambiental. Aqui também estaria caracterizado o princípio da subsidiariedade.<sup>736</sup>

O acórdão proferido pela quarta turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que julgou Apelação em Mandado de Segurança nº. 47148, cuja decisão foi prolatada em 22/10/2003, e que, por unanimidade, negou-se provimento ao recurso, traz o seguinte exemplo com relação à competência comum:

Ementa: Constitucional e Tributário. Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental. Lei nº. 10.165/2000 – Lei nº. 6.938/81. Mandado de Segurança. Descabimento. I – A Constituição Federal dispõe ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer das suas formas” – art. 23, *caput* e VI -, bem como legislar concorrentemente sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” – art. 24, *caput* e VI -, além de lhes outorgar a possibilidade de instituir, dentre outros tributos, “taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” – art. 145, *caput* e II -, sem olvidar-se que foi erigido como princípio constitucional geral da atividade econômica a “defesa do meio ambiente” – art. 170, VI -, além de constituir-se em dever do Poder Público a defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações – art. 225, *caput*. II – A Lei nº. 7.735/89 criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, entidade autárquica de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de executar as políticas nacionais de meio ambiente referentes às atribuições federais permanentes relativas à preservação, à conservação e ao uso sustentável dos recursos ambientais e sua fiscalização e controle, bem como apoiar o Ministério do Meio Ambiente na execução das ações supletivas da União - art. 2º, alterado pelo art. 2º da MP nº. 2.216-37/01. III – O art. 1º da Lei nº. 10.165/00, que alterou o art. 17-B da Lei nº. 6.938/81, instituidor da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais, encontra-se em conformidade com o ordenamento jurídico que o disciplina. IV – A alegação de bi tributação não tem cabimento, no caso, tendo em vista o disposto pelo art. 17-Q, da Lei nº. 6.938/81, com a redação dada pelo art. 2º, da referida Lei nº. 10.165/00, bem como o fato de que a cobrança de taxa pela prestação de serviço específico diverso do exercício do poder de polícia, ainda que pelo mesmo ente público, não a caracteriza. V - Apelação conhecida, mas improvida, nos termos do voto condutor.

---

<sup>736</sup> Idem, p. 44.

Neste caso, a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia conferido ao IBAMA, para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais. O acórdão supracitado afirma a *conformidade* da cobrança da TCFA pelo IBAMA com o ordenamento jurídico que o disciplina, refutando a alegação de bi tributação, com o argumento de que a cobrança de taxa pela prestação de serviço específico diverso do exercício do poder de polícia, ainda que pelo mesmo ente público, não caracteriza a bi tributação.

Assim, observa-se que o acórdão em questão trata de demonstrar a coerência do ato praticado pelo IBAMA, tendo como fundamento, entre outros, a competência comum daquele órgão federal, para a proteção do meio ambiente, e combate à poluição em qualquer das suas formas, juntamente com as demais entidades da Federação, evidentemente, de uma forma coerente e ordenada.

As atividades estabelecidas como competência comum no art. 23 da Constituição devem ser observadas pelos órgãos públicos administrativos federal, estadual e municipal. No entanto, Cazetta observa que a tênue linha divisória que delimita a competência jurisdicional estadual e federal é objeto de diversos embates. O autor afirma que mesmo em caso de competência concorrente e comum para a proteção ambiental, e ainda que não se tenham como *bem da União* a fauna silvestre e a flora, se houver campo para fiscalização administrativa a ser exercida por autarquia federal, não poderá se negar o interesse federal e a ofensa a serviço de ente vinculado à União.<sup>737</sup>

Nesta oportunidade, cabe mencionar o Projeto de Lei Complementar nº. 338/2007, atualmente em tramitação no Congresso Nacional - que figura entre as medidas do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC - e fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição e à preservação das florestas, da fauna e da flora, previstas no art. 23, incisos III, VI e VII, da Carta Magna.<sup>738</sup>

Esse Projeto assume o propósito de melhor definir as atribuições do IBAMA, dos órgãos estaduais e municipais relativas ao *licenciamento ambiental*, a fim de se reduzir as ações judiciais naqueles âmbitos; além de se promover a dinamização dos empreendimentos

---

<sup>737</sup> CAZETTA, Ubiratan. A competência federal e os crimes contra o meio ambiente: uma crítica à Jurisprudência dos Tribunais Superiores. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 7, n. 27, p. 208-22, jul./set., 2002. p. 213.

<sup>738</sup> Ver: BRASIL. Projeto de Lei Complementar nº. 338/2007.

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/Plp/2007/msg37-072201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Plp/2007/msg37-072201.htm)>. Acesso em 24/09/2007.



propostos pelo PAC como, por exemplo, saneamento básico e habitação. Nestes termos, no seu art. 3º, o Projeto estabelece que as ações administrativas que se originam da competência comum deverão observar o critério da predominância do interesse nacional, regional e local na proteção do meio ambiente. Já o parágrafo único, do dispositivo em questão, dispõe acerca da possibilidade de atuação subsidiária dos demais entes federativos, conforme o estabelecido na própria Lei Complementar.<sup>739</sup>

Todavia, alega-se que o PLC nº. 338/2007 procura disciplinar um tema considerado mal resolvido pela Resolução nº. 237 do CONAMA – mas que ele pouco inova com relação ao texto desta Resolução. Nestes termos, Senise ainda aponta o conflito de algumas disposições do Projeto com a legislação já existente como, v.g., a Resolução nº. 378/2006 do CONAMA, que determina a competência do IBAMA, e não dos órgãos estaduais ou municipais, para autorizar a supressão de florestas e outras formas de vegetação nativa quando a área for superior a mil ha. em imóveis rurais.<sup>740</sup>

Senise também alerta para a importância de se observar a recente Lei da Mata Atlântica (Lei nº. 11.428/2006), que exige a autorização do órgão ambiental estadual e a anuência do órgão federal e municipais casualmente envolvidos, no caso de supressão de vegetação em áreas rurais. Já nas áreas urbanas caberia ao órgão municipal tratar do assunto, desde que tenha, no Município, conselho de meio ambiente devidamente constituído, dependendo, ainda assim, de anuência prévia do órgão estadual.<sup>741</sup>

Por fim, Senise sustenta que o meio ambiente deve ser gerenciado como um bem de interesse comum, com relevância idêntica à educação e à saúde. Para o autor, “o licenciamento deveria, diferente de ocorrer em um único nível, ser efetivamente unificado enquanto sistema – afinal essa é a proposta do SISNAMA criado em 1981. Por que não federalizar o licenciamento ambiental?”<sup>742</sup>

De fato, a análise sistemática da legislação ambiental pátria é essencial para que não se insira no sistema normas incompatíveis, que venham a causar ainda mais transtornos, dúvidas e atos que alimentem ainda mais a burocracia no sistema jurídico ambiental brasileiro. Por outro lado, a idéia de se “federalizar” o licenciamento ambiental somente seria aceitável se essa expressão fosse entendida estritamente como uma proposta de

---

<sup>739</sup> Idem.

<sup>740</sup> SENISE, Walter José. *Problema de todos: Por que não federalizar o licenciamento ambiental?* Revista Consultor Jurídico, 11 de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/52756,1>>. Acesso em: 24 setembro 2007.

<sup>741</sup> Idem.

<sup>742</sup> Ibidem.

unificação/organização do referido sistema, num esforço legislativo e judiciário de se conferir maior efetividade às diretrizes e regras estabelecidas pelo SISNAMA.

Esse propósito envolveria, por um lado, uma evolução no âmbito da informação ambiental, seja ela técnica ou não; e, por outro, uma maior coordenação entre as atividades realizadas pelos órgãos que tratam do meio ambiente nos três níveis da Federação, quais sejam: municipal, estadual e federal. Com relação à autonomia dos entes federativos, Machado observa que

A autonomia não significa desunião dos entes federados. Também não deve produzir conflito e dispersão de esforços. Mas a autonomia deve ensejar que o Município tenha ou possa ter sistemas de atuação administrativa não semelhantes ou desiguais aos vigentes nos Estados. Os Estados, por sua vez, poderão ter, também, sua organização administrativa ambiental diferente do Governo Federal.<sup>743</sup>

Nesse sentido, deverá haver respeito às peculiaridades regionais e municipais, de modo que as normas federais, sobretudo as relativas ao meio ambiente, não interfiram na autonomia dos Estados e dos Municípios, como, por exemplo, na exigência de administração ambiental idêntica à praticada no âmbito federal. Ressalta-se que a competência comum representa área de atuação comum dos entes federativos no plano administrativo. Neste caso, a União, Estados, DF e Municípios devem zelar pelo cumprimento e eficácia das leis, sejam elas federais, estaduais, distritais ou municipais, tudo isso a fim de se promova um equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar da coletividade.

Machado ainda explica que, por motivo de hierarquia das leis, quando a União tiver legislado norma geral sobre meio ambiente, o Estado deve observar (obedecer) ao mandamento contido na norma federal. Contudo, na opinião do autor, isso não vale para a implementação administrativa da lei (art. 23 da CF), onde não há hierarquia nas atuações das diferentes Administrações Públicas. Neste caso, a esfera federal não está num plano hierárquico superior à administração ambiental estadual, nem esta está acima da esfera administrativa ambiental municipal.<sup>744</sup>

Destarte, o dispositivo supracitado impõe às entidades políticas de todos os níveis uma responsabilidade ambiental, a fim de que se garanta, em conjunto e de maneira coordenada, um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.

De acordo com Greco, a distribuição de competências estabelecida na Constituição Federal não fortaleceu significativamente a autonomia estadual; e, em matéria ambiental, o

---

<sup>743</sup> Machado, *op. cit.*, p. 99-100.

<sup>744</sup> *Idem*, p. 100.

papel preponderante é da União, já que o planejamento e a proteção do meio ambiente devem ser realizados mediante uma visão global. Para ele, as normas ambientais não devem transformar o território nacional em um *conjunto de ilhas, separadas*, em que os produtores tenham que se submeter às exigências diversas para a circulação e comercialização de seus produtos, favorecendo o protecionismo e mercados reservados. O autor entende que a tendência centralizadora da Constituição é positiva, desde que sejam exercitados com eficiência os mecanismos de participação democrática, mediante amplo diálogo com os setores interessados.<sup>745</sup>

Contudo, sobre esse assunto, entende-se que o comércio e os mercados é que devem se ajustar às normas ambientais, e não o contrário. Atualmente, um dos grandes fatores que contribuem para a ineficácia das normas relativas ao meio ambiente é a realização de uma economia de mercado desajustada em termos ecológicos, onde o que prepondera é o lucro, a despeito do respeito às normas ambientais e, por conseguinte, à qualidade de vida dos cidadãos.

Cabe esclarecer que, no caso de invasão de competência material de pessoas políticas, no sentido de se adotarem atos *contrários* à proteção do meio ambiente, o fato deverá ser levado à análise e julgamento do Poder Judiciário. Isso, porque uma entidade pública não pode valer-se de sua competência para sabotar política ambiental mais efetiva desenvolvida por outro ente público da Federação.

No controle concentrado da constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal é competente para o julgamento de atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, bem como os Tribunais de Justiça dos Estados devem se manifestar sobre atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. Mas, vale lembrar que além do controle concentrado, o controle difuso também poderá ser realizado por qualquer juiz ou tribunal.

Assim, a competência material ou administrativa requer uma ação *positiva* da União, Estados, DF e Municípios, numa atuação conjunta e coordenada, com fins de melhor proteger o meio ambiente; exercendo-se uma reunião de esforços com o propósito de se conferir eficácia plena à norma estabelecida no *caput* do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil. Os problemas provenientes do exercício conjunto daquele tipo de competência devem ser solucionados administrativamente; mas se esta via não for satisfatória, o Poder Judiciário deverá estar atento, no sentido de proferir resposta célere e clara á situação apresentada, para que tais problemas adquiram soluções mais previsíveis,

---

<sup>745</sup> Greco, *op. cit.*, p. 151-52.

evitando-se, assim, que as questões sejam tratadas reiteradamente pelos tribunais e julgadas de maneira diversa, trazendo, com isso, prejuízos para a proteção efetiva do meio ambiente, além de contribuir para desmoralização daquele Poder, em razão de eventuais morosidades e contradições internas ao sistema.

### 3.2.2.3 Competência ambiental: outras questões controvertidas

Existem alguns critérios atinentes à competência como, por exemplo: a) o *critério funcional hierárquico*, que se refere aos foros privilegiados, sendo que, salvo o Mandado de segurança coletivo, todas as ações coletivas serão julgadas em primeira instância, já que há foro privilegiado no âmbito daquelas ações;<sup>746</sup> b) o *critério material*, que envolve, *v.g.*, as justiças trabalhista, justiças comuns federal (art. 109, CF) e estadual (residual);<sup>747</sup> c) o *critério valorativo*, que se baseia no valor da causa, e aqui vale dizer que este define a competência dos Juizados Especiais, e que não cabe ação coletiva nos mesmos, seja no âmbito estadual ou federal;<sup>748</sup> d) o *critério territorial* (absoluto), entre outros.

De forma geral, no *critério territorial* há muitas divergências doutrinárias e dúvidas sobre a aplicação art. 93 do CDC, do art. 2º, da LACP no âmbito dos direitos ou interesses transindividuais. Com relação às dúvidas, acerca dos limites da repartição regional e local da competência, cabe mencionar que o art. 2º da Lei nº. 7.347/1985 estabelece que “as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.”

A contradição apresentada pelo art. 2º, da Lei da ação civil pública fez com que diversos autores adotassem posições divergentes sobre o assunto. Todavia, Silva explica que, neste caso, optou-se pelo critério territorial, incluindo-se no âmbito da competência relativa, fato que autorizaria sua modificação. Mas, a segunda parte do artigo, que fala da competência funcional, atribui critério de competência absoluta e, por isso, improrrogável, indicando que

<sup>746</sup> Exceto ações contra o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, e contra o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP.

<sup>747</sup> Destacando-se, neste caso, que - conforme a Súmula nº. 736, do STF - em assuntos relativos ao meio ambiente do trabalho, a competência é trabalhista. Ademais, segundo Súmula nº. 150 do STJ, quem decide se o ente federal possui ou não interesse jurídico em determinada causa é a própria Justiça Federal.

<sup>748</sup> Art. 3º, § 1º, da Lei 10.259/01: “Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; (...).”

as normas de fixação de competência visam o interesse da própria jurisdição (interesse público), sendo inderrogável e insanável.<sup>749</sup>

Assim, entende-se que a competência para o julgamento das demandas coletivas segue o critério territorial de distribuição da competência, porém, por força do conteúdo do art. 2º, da Lei nº. 7.347/1985, bem como pela relevância do objeto constitucionalmente previsto, a competência ali prevista é considerada de caráter absoluto, em razão da expressão *funcional* estabelecida no dispositivo. Com relação aos âmbitos local, regional e nacional, o art. 93 do CDC determina que

Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a Justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Mas o dispositivo não revela o que seria propriamente dano de âmbito regional, por exemplo. Todavia, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, na versão de dez./2006 -, elaborado pela professora Ada Pellegrini Grinover, em seu art. 22, estabelece, no que tange à competência territorial, que

É absolutamente competente para a causa o foro: I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – de qualquer das comarcas ou subseções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção; III – da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou subseções judiciárias, IV - de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção; V – do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.<sup>750</sup>

De outro vértice, o art. 16, da LACP, fixa os efeitos da coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator. Esse artigo é criticado pela doutrina, no sentido de que ele promoveria a fragmentação da tutela ambiental, dificultando, dessa

<sup>749</sup> SILVA, Daniel Ribeiro da. A classificação jurídica da competência e coisa julgada nas ações coletivas. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 28, out./dez., 2002. p. 62-64.

<sup>750</sup> O referido dispositivo do anteprojeto ainda estabelece em seus parágrafos que a amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda (§ 1º); se esta for ajuizada perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti ao juízo do foro competente, sedo vedada ao primeiro juiz a apreciação do pedido da antecipação de tutela (§ 2º); no caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos (§ 3º); compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede da Justiça federal, processar e julgar a ação coletiva, nas causas de competência da Justiça federal (§ 4º). In: BRASIL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (versão dezembro 2006). Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/CBPC%202007%2001%2031%20-%20Entregue%20ao%20governo.doc>>. Acesso em: 18 maio 2007.

forma, a concretização das normas ambientais. Sobre esse assunto, Borges destaca como conseqüência a perda da abrangência nacional, o que, para a autora, em se tratando de interesses difusos, faz com que inúmeras demandas surjam, atomizando os conflitos, contribuindo para o acúmulo de demandas no Judiciário e, conseqüentemente, para a ineficiência do sistema.<sup>751</sup> Ademais, o inciso II, do art. 93, do CDC, onde há a previsão de competência para danos de âmbito nacional ou regional, põe em xeque o texto do art. 16 da Lei n.º. 7.347/85.

No entanto, o Anteprojeto que trata do novo Código de Processo Coletivo, de dezembro de 2006, também pretende corrigir a questão dos limites de competência do órgão prolator. Nestes termos, o seu art. 13, *caput*, e parágrafos 4º a 6º, estabelecem que

Nas ações coletivas que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova. [...] § 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*. § 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos, contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado. § 6º A faculdade prevista o parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.<sup>752</sup>

Por fim, cabe ainda observar que a expressão contida no art. 2º, da Lei da ação civil pública, qual seja: “foro do local onde ocorrer o dano”, não se coaduna à existência das ações de caráter preventivo, já que nestas o dano estaria na iminência de acontecer, não se ajustando à perspectiva literal do dispositivo supracitado. Neste caso, há que se realizar um trabalho hermenêutico para que se confira efetividade aos princípios da precaução e da prevenção, princípios estes essenciais para o estabelecimento de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### **3.2.2.4 Observações finais sobre a cooperação e o conflito entre as pessoas políticas**

O parágrafo único do art. 23, da Carta Magna determinava a fixação de normas, por meio de *lei complementar*, para fins de cooperação entre a União e os Estados, o Distrito

<sup>751</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Processo, ação civil pública e defesa do meio ambiente: os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 167.

<sup>752</sup> BRASIL. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. *Op. cit.*

Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. A EC nº. 53 de 19 de dezembro de 2006, alterou a redação do parágrafo único do art. 23 da CF, estabelecendo que “*Leis complementares* fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”<sup>753</sup> Contudo, nenhuma lei complementar ainda foi editada. Sobre esse assunto, Machado comenta que

A cooperação há que ter duas finalidades indeclináveis – o equilíbrio do desenvolvimento e o equilíbrio do bem-estar em âmbito nacional. Portanto, é uma das tarefas da lei complementar criar instrumentos que evitem que um Estado da Federação ou um Município possam descumprir a legislação ambiental ao atrair investimentos, praticando um desenvolvimento não sustentado.<sup>754</sup>

A questão do progresso, por exemplo, que normalmente se contrapõe à defesa do meio ambiente não pode servir de desculpas para o aumento das degradações. Afinal, o progresso por si só não garante uma melhor qualidade de vida para determinada comunidade. Precisa-se da natureza, por isso, o homem não deve destruí-la, já que os custos do progresso podem ser cobrados futuramente com uma existência indigna, ou até mesmo com a impossibilidade de vida saudável na Terra.

A exigência de lei complementar para a coordenação das políticas públicas dos vários entes da Federação em matéria ambiental, e demais assuntos previstos no artigo 23, representa uma inovação da Constituição de 1988.

Contudo, Vitta entende que é desnecessária a edição de lei complementar para a atuação conjunta das entidades políticas, pois, para o autor, o art. 23 tem eficácia plena, e não necessita de norma infraconstitucional para regulá-lo e, neste caso, aquela lei indicaria apenas a maneira pela qual se daria a cooperação entre as entidades. Nestes termos, seria possível a atuação conjunta dos entes políticos estatais, em quaisquer hipóteses, respeitados, apenas, os limites territoriais; e, ainda, tanto o servidor estadual como o federal poderiam aplicar as sanções cabíveis, desde que estabelecidas em leis, pouco importando se a lei é municipal, estadual ou federal, na medida em que a competência para aplicá-las seria de todas as entidades políticas.<sup>755</sup>

Atualmente, no caso de diferentes pessoas com competência material comum, um infrator causador de dano ambiental, pode ser autuado por órgãos ambientais de níveis

<sup>753</sup> Grifo nosso. Destaque-se que a modificação na redação do parágrafo único do art. 23 refere-se apenas à expressão “lei complementar”, que atualmente está redigida no plural: “leis complementares”.

<sup>754</sup> Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>755</sup> Vitta, H. G. *Da divisão de competências das pessoas políticas e o meio ambiente*. *Op. cit.*, p. 199.

federal, estadual e municipal. Vale esclarecer que, neste caso, não cabe hierarquia ou, pelo menos, esta não deveria existir. No entanto, Freitas comenta que

[...], como cabe à União legislar sobre normas gerais, é previsão razoável a de que a ela caberá o comando geral das competências materiais. É inegável que, mesmo ocupando os entes políticos posições iguais, não havendo hierarquia estabelecida no texto constitucional, na realidade e de fato acaba por existir prevalência do interesse federal.<sup>756</sup>

Destaque-se que o trabalho de cooperação sobre meio ambiente já vem sendo realizado conjuntamente pelos órgãos federais e estaduais com a formulação do SISNAMA. O Conselho Nacional do Meio Ambiente, por exemplo, disponibiliza assentos permanentes para que os Estados sejam ouvidos nas discussões políticas sobre questões ambientais. Neste caso, os resultados de tais reuniões deveriam ser efetivamente cobrados e fiscalizados, para dar sentido e valor maior aos encontros promovidos no âmbito daquele Conselho.

Com muita propriedade, Machado sugere a previsão, por lei complementar, de uma troca permanente e sistemática da informação ambiental, num intercâmbio de informações que abrangeria os pedidos de licenciamento em tramitação em cada órgão, os EIAs em elaboração e a serem elaborados, as auditorias ambientais realizadas e em processo de realização, e as sanções administrativas aplicadas. Para o autor,

Com a informação produzida evitar-se-ia a duplicação ou a triplicação as ações administrativas em muitos licenciamentos administrativos, pelo desconhecimento recíproco das atividades dos órgãos ambientais. Note-se que a ignorância das múltiplas atividades dos órgãos ambientais dos entes federados age negativamente, provocando desesperança da coletividade e desconfiança nos próprios escalões administrativos.<sup>757</sup>

No que afeta à cooperação entre pessoas políticas, Martins comenta que a ausência de uma norma complementar parece deixar o comando da competência comum de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” com sua eficácia contida, ou comprometida, mas, segundo ela, a solução para tal problema encontra-se na esfera interpretativa, já que aquela norma complementar serve apenas para detalhar a forma como ocorrerá a cooperação e, ademais, o texto deve ser interpretado a partir da possibilidade mais favorável ao ambiente.<sup>758</sup>

---

<sup>756</sup> Freitas, V. P. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>757</sup> Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*. *Op. cit.*, p. 103-04.

<sup>758</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. *Op. cit.*, p. 208.



A divergência contida no parágrafo único, do art. 23, da Constituição Federal, contribui para o aumento da ineficácia das normas ambientais já que a fiscalização não é organizada, o que impede a economia de esforços. Além disso, os entes federativos deixam de cooperar efetivamente na prática, dispensando um instrumento importantíssimo que é a troca de informações entre os órgãos que cuidam dos assuntos ambientais e, desse modo, confere-se a oportunidade para que o infrator da norma ambiental responda pelo mesmo fato a mais de um procedimento administrativo. Sobre esse ponto, Machado adverte que

O perigo da simultaneidade de competências para a implementação do controle ambiental é que todos os entes federados ficaram competentes, mas nenhum deles tem assumido especificamente a melhoria da qualidade das águas, do ar e do solo e nenhuma instância governamental se responsabiliza pela conservação das florestas e da fauna.<sup>759</sup>

Ulrich Beck<sup>760</sup> chama de *irresponsabilidade organizada* o fato que designa a atitude de entidades públicas e privadas, assim como a conduta dos cidadãos, que não se responsabilizam pelos atos atentatórios ao meio ambiente, a fim de que sempre *o outro* assuma a responsabilidade pela preservação e defesa ambiental. Todavia, repete-se que a *competência comum* impõe a todos os entes federados o dever de proteger o meio ambiente, tanto no exercício de políticas públicas, quanto no dever de fiscalização, exercido mediante a execução do poder de polícia conferido à Administração Pública em todos os níveis.

Importante destacar que a EC nº. 19/98 - que dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, e que deu nova redação ao art. 241 da CF - permite que as pessoas políticas disciplinem suas gestões associadas dos serviços públicos, através de lei, os consórcios e convênios de cooperação. Este dispositivo dispõe que

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Assim, dando cumprimento ao mandamento constitucional, o governo enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 3.884/2004; e, em seguida, aprovou-se a Lei nº. 11.107/2005 que dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum.

<sup>759</sup> Machado, *Direito Ambiental Brasileiro. Op. cit.*, p. 105.

<sup>760</sup> Ver: Beck, U. *op. cit.*

De acordo com o art. 2º, da referida lei, os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais. E para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá: a) firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; b) promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e c) ser contratado pela Administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

Conforme art. 6º, da Lei nº. 11.107/2005, o consórcio público adquirirá personalidade jurídica: I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

Sobre esse ponto, a EC nº. 19/98, que deu nova redação ao art. 241 da Carta Magna, abre a possibilidade de cooperação que já estava prevista implicitamente no art. 23 do texto constitucional, no âmbito da competência comum ambiental. Com a nova redação do art. 241 e publicação daquela Lei, a *cooperação* passa a estar expressa na Constituição.

Contudo, na prática, existe uma disputa entre os órgãos ambientais do País, no sentido de que vários atribuam a si mesmos a competência de determinada matéria, ou a outros entes; dependendo do interesse dos grupos ou classes que administram a *máquina pública* em dado momento. Uma das grandes preocupações quanto à efetiva proteção do meio ambiente diz respeito ao conflito negativo de competências. Neste, o órgão nega a sua competência, passando-a a outros, que por sua vez, também a negam.

O desinteresse apresentado pelo conflito negativo de competência deverá ser resolvido através de uma maior delimitação, ou maior esclarecimento a respeito da matéria, que deveria receber maior atenção dos doutrinadores do Direito ambiental, a fim de se evitar que tal questão seja motivo de recursos protelatórios e abusivos. Além disso, os consórcios e convênios de cooperação, autorizados pelo art. 241, da Constituição Federal, deverão ser postos em prática, incentivando-se a gestão conjunta e organizada do meio ambiente, com o propósito de se conferir maior eficiência na consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto constitucionalmente.

Finalmente, seja em termos de competência ambiental legislativa ou material (administrativa), entende-se que tais assuntos são objeto de muitas discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais. Primeiro, pela generalidade de alguns conceitos ou dispositivos como, *v.g.*, a questão do interesse, local, nacional ou regional; ou seja: por problemas de

ordem hermenêutica, em razão da falta de clareza, ordenação e objetividade do sistema jurídico ambiental brasileiro. Segundo, pela manifestação fática de intenções protelatórias das partes envolvidas nos processos.

Esses motivos certamente ajudam a tornar a *competência ambiental* um dos temas que mais contribuem para o acúmulo de processos/recursos nos TRFs e tribunais superiores. Em razão disso - e por se entender que se trata de um *contra-senso jurídico* que questões de competência sejam reiteradamente levadas àqueles tribunais, causando, dessa forma, custos para as partes e para o Poder Judiciário, além de contribuir para a morosidade no julgamento dos processos - sugere-se que este caso específico seja tratado por meio de súmulas vinculantes, ou/e súmulas impeditivas de recursos e demais mecanismos presentes no *novo* processo civil brasileiro - de modo a se conferir a melhor solução para um problema preponderantemente de ordem interpretativa.

Ademais, dever-se-ia desenvolver mecanismo de *triagem* ou *controle* a fim de que se resolvam questões processuais - e aqui se inclui a questão da competência - exclusivamente no âmbito da primeira instância, de preferência antes do início da análise do mérito, de modo que não haja a possibilidade de reexame futuro, sendo o processo de *triagem* marcado pelo contraditório das partes, além de receber minuciosa análise do juiz de primeiro grau.

Essas duas soluções apresentadas para o sério problema das divergências no âmbito da competência ambiental - quais sejam: a realização de uma triagem obrigatória e definitiva acerca do assunto; além da possibilidade de utilização de mecanismos como, por exemplo, a súmula vinculante, para a realização deste feito - representam uma idéia, ou uma tentativa de dar respostas aos recursos meramente protelatórios que transitam no Poder Judiciário, e que contribuem para o acúmulo de processos neste Poder, trazendo graves conseqüências para os jurisdicionados.

Além disso, entende-se que - apesar do grande receio acerca da utilização da súmula vinculante, entre outros *novos* instrumentos processuais, por parte da doutrina brasileira - o uso destes, especificamente quanto à questão da *competência ambiental*, traria grandes vantagens aos jurisdicionados e ao próprio Poder Judiciário, já que se trata basicamente de definir aquele que possui o poder para exercer determinada função no âmbito ambiental (como o exercício do poder de polícia, por exemplo); destacando-se, neste trabalho, a importância de que isso seja realizado *a priori*, no âmbito do processo.

Por fim, a questão da *legitimidade processual* também se apresenta como um dos maiores problemas, que faz com que os processos que tratam de assuntos ambientais sejam

submetidos à análise e julgamento pelos TRFs e tribunais superiores. Deste modo, a seguir, ver-se-á alguns aspectos relevantes atinentes ao tema.

### 3.3 Questões sobre legitimação processual em demandas ambientais

A legitimidade para agir é tema de grande importância no sistema de proteção ambiental. É a legitimidade que possibilita a pessoa a postular em juízo o ressarcimento do dano, - ou seja, fazer valer o que está determinado nas normas jurídicas relativas à defesa do meio ambiente -, que, por sua vez, representa a defesa de interesses metaindividuais, ou interesses que ultrapassam da esfera de um indivíduo particularmente considerado, e dizem respeito a um grande número de pessoas.

O processo civil tradicional é normalmente caracterizado por ser eminentemente individualista. O Código de Processo Civil - CPC estabelece, em seu art. 6º, que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” Assim, havia muitas dificuldades para se defender alguns direitos, como os relativos ao meio ambiente e demais direitos difusos e coletivos. Com relação a este assunto, Dinamarco comenta que

[...], alguns bens ou direitos de interesse de toda uma comunidade não podiam ser defendidos em juízo porque não havia uma pessoa legitimada para tanto, na medida em que não havia uma determinada pessoa prejudicada. Ou melhor, todos eram prejudicados e por isso mesmo ninguém detinha legitimidade, o que era uma grande contradição a ser corrigida, além de verdadeira negativa de acesso à justiça.<sup>761</sup>

No mesmo sentido, Leite destaca que, há duas décadas atrás, levar ao Poder Judiciário demandas que versassem sobre a defesa do meio ambiente, consumidor, criança e adolescente, entre outras, significaria abordar temas que não faziam parte do Direito processual.<sup>762</sup> Com o surgimento dos problemas característicos da sociedade moderna, que vieram gradativamente se agravando, houve a necessidade de uma reformulação de caráter processual, a fim de se estabelecer instrumentos e condições para que os cidadãos pudessem defender em juízo os chamados *novos* direitos.<sup>763</sup>

<sup>761</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>762</sup> LEITE, José Rubens Morato. Interesses meta-individuais: conceitos, fundamentações e possibilidade de tutela. In: OLIVEIRA JÚNIOR *et al.* *Cidadania Coletiva*. Florianópolis, Paralelo 27, 1996. p. 28.

<sup>763</sup> Destaque-se que houve uma revolução no processo civil clássico muito em função dos interesses intersubjetivos, com a finalidade de adaptação aos novos conflitos de massa. De acordo com Leite, os contornos dos interesses meta-individuais começaram a se firmar na doutrina oriundo dos ensinamentos de Mauro Cappelletti, que criticava a tradicional dicotomia entre interesse público privado. Contudo, o autor afirma que “(...) foram os ensinamentos de Renato Alessi que verificaram existir uma duplicidade de interesses públicos: o

Com o surgimento dos *novos* direitos, nasceram os direitos difusos, que possuem uma titularidade subjetiva e difusa dos bens tutelados, cujos titulares são indetermináveis. Neste ponto, Dinamarco explica que “como não existia alguém admitido a pleitear a tutela de tais interesses, o legislador houve por bem conceder legitimidade extraordinária a certas entidades.”<sup>764</sup> Quanto a esta última, Smanio a define como “a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender interesse alheio. Ocorre *substituição processual*.” O doutrinador ainda esclarece que “hoje, admite-se a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de substituição processual. O autor não defenderia apenas direito próprio, mas também direitos alheios.”<sup>765</sup>

Assim, a legitimidade *ad causam* significa o atributo (qualificação) do sujeito para a prática de determinado ato, ou para responder por seus efeitos, no âmbito de uma relação jurídica ou situação de fato com potencial para produção de efeitos jurídicos. Nestes termos, existem alguns pontos a ser levantados a respeito daquela legitimidade no âmbito de algumas ações utilizadas na defesa do meio ambiente; e entre estas ações está a Ação popular, assunto que se verá no próximo subitem.

### 3.3.1 Legitimidade na Ação popular: O acesso à justiça ao estrangeiro

Em termos de legitimidade na Ação popular - para fins de anulação dos atos administrativos ilegais ou lesivos ao patrimônio público – *qualquer cidadão*<sup>766</sup> poderá ajuizar esta ação visando a tutela do meio ambiente. Isto está estabelecido no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, combinado com os dispositivos da Lei nº. 4.717/65 (Lei da ação popular).

Para alguns autores, a legitimidade ativa da ação popular está associada com a condição de ser eleitor, tendo essa condição que ser comprovada com a apresentação do título; e, nesta oportunidade, cabe lembrar que o art. 14, § 2º, da Constituição Federal, dispõe que os estrangeiros não podem alistar-se como eleitores.

De outro vértice, Leite defende que a tutela jurisdicional, via Ação popular, apesar de ser identificável com um interesse individual de todos, objetiva a proteção de um bem

---

primário e o secundário. O primeiro deles atinente ao bem geral, permanente, superior, indispensável na ordem jurídica. O segundo, ou seja, secundário é o interesse que a Administração Pública tem de perseguir, as finalidades a que na lei atribui como a qualquer pessoa.” In: Idem, p. 29.

<sup>764</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>765</sup> Smanio, *op. cit.*, p. 121.

<sup>766</sup> Destaque-se que o Direito brasileiro não admite a propositura de Ação popular por pessoa jurídica, esta proibição está estabelecida na Súmula 365, do Supremo Tribunal Federal.

jurídico de dimensão coletiva ou difuso, com ressarcimento em favor da coletividade. Tratar-se-ia, então, de um direito subjetivo público e, conseqüentemente, o estrangeiro residente no País também teria legitimidade a este direito fundamental - no que tange à tutela dos interesses difusos ambientais - já que o *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, como norma auto-aplicável, confere ao estrangeiro residente no País a garantia do gozo dos direitos ali elencados.<sup>767</sup>

Em razão do dispositivo supracitado, a cidadania teria sido ampliada para os casos ali previstos, conferindo-se ao estrangeiro residente no País, o direito subjetivo fundamental à Ação popular ambiental. Neste caso, Leite ainda comenta que o legislador constituinte conferiu ao estrangeiro um *direito subjetivo fundamental intercomunitário na proteção do meio ambiente*, ou seja, na proteção de um bem que atinge uma perspectiva intercomunitária e de caráter transfronteiriço. Por isso, o autor adverte que algumas exigências do art. 1º, da Lei nº. 4.717/65 estão em desconformidade com a Carta Magna, no que diz respeito ao estrangeiro residente no País, e à defesa do bem ambiental popular.<sup>768</sup>

Entende-se, neste caso, que não há razões plausíveis para se realize um exercício hermenêutico, a fim de se excluir o estrangeiro residente no País da legitimidade para a propositura da Ação popular, já que - teoricamente e constitucionalmente - esta possibilidade é adequada. Neste caso, se estaria conferindo uma ampliação na legitimação ativa para aquelas ações, baseada ou firmada num dispositivo constitucional vigente, já que a Ação popular está inserida no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que elenca um rol de garantias e direitos fundamentais assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no País.

### 3.3.2 Legitimidade na Ação civil pública: Aspectos relevantes

Quanto à legitimação prevista na Lei nº. 7.347/85, o seu art. 5º estabelece que a ação principal, bem como a ação cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público; pela Defensoria Pública; pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios; por autarquia, empresa pública, fundação, ou sociedade de economia mista. O referido dispositivo ainda

<sup>767</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Ação popular: um exercício da cidadania ambiental?* Disponível em <[http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Acao\\_popular\\_ambiental.html](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Acao_popular_ambiental.html)>. Acesso em: 07 setembro 2006.

<sup>768</sup> Neste caso, Leite ainda comenta que a abrangência da cidadania ainda foi estabelecida em razão da faculdade dada ao maior de dezesseis e menor de dezoito anos de idade e do analfabeto poder exercer o direito de alistamento eleitoral e de votar, de acordo com o art. 14, § 1º, II, “a” e “c”, da Lei Maior. Contudo, no caso da propositura da ação popular ambiental o menor deverá ser assistido (art. 84, CC). In: Idem.

confere legitimidade à associação que, simultaneamente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.<sup>769</sup>

Normalmente, a Ação civil pública é proposta pelo Ministério Público - MP, podendo este ser provocado pelo interessado na ação. Com relação àquela instituição, bem como sua previsão no âmbito constitucional, Dinamarco comenta que “com essa Carta Política, o *Parquet* passou a dispor de poderes amplos, sem precedentes na história.”<sup>770</sup> O art. 14, § 1º, da Lei nº. 6.938/81, prevê que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. E, neste caso, o MP da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, pelos danos ambientais.<sup>771</sup>

O art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988 ainda estabelece como função institucional do Ministério Público a promoção de inquérito civil e da Ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

De acordo com Freitas, a defesa do meio ambiente, que antes era feita mediante raras ações individuais, hoje dispõe de um vasto rol de legitimados. Além de os promotores de justiça apresentarem uma atuação mais ativa com relação ao tema. Ademais, segundo o autor, atualmente é o Ministério Público que ingressa com grande maioria das ações civis públicas, propostas no Poder Judiciário. Já com relação às ONGs, por exemplo, Freitas esclarece que estas normalmente preferem provocar e auxiliar a ação do órgão ministerial em vez de ingressarem em juízo individualmente.<sup>772</sup>

Nesse sentido, Castilho acrescenta que - pela constatação das iniciativas judiciais e pela intensidade da discussão de sua legitimidade - a atuação do Ministério Público, na área

---

<sup>769</sup> Aqui, observa-se que o interesse para agir do Ministério Público é presumido.

<sup>770</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 207.

<sup>771</sup> De acordo com Freitas, a legitimidade para agir do Ministério Público, em matéria de meio ambiente, representa uma criação brasileira. O autor ensina que, na maioria dos países a legitimação do MP não é admitida. Segundo ele “a legitimidade é atribuída somente a órgãos ambientais do Estado ou a organizações não-governamentais. A solução brasileira passa, certamente, por dois fatores. O primeiro é a estrutura administrativa existente e as garantias dadas pela Constituição Federal ao Ministério Público. O segundo é o ainda recente processo de democratização que afeta o País, fazendo com que somente agora, e aos poucos, se exercitem os direitos de cidadania.” In: Freitas, V. P. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>772</sup> Idem.

do meio ambiente, tem revelado de seus agentes desempenho mais atento e comprometido do que o da Magistratura.<sup>773</sup>

Apesar da boa atuação repressiva, Cruz sustenta que o maior valor do trabalho do MP encontra-se na sua atuação preventiva, por meio da tutela extrajudicial, já que o inquérito civil, aliado aos poderes de requisição e de investigação por meio dele exercidos, apresenta-se como importantíssimo instrumento para a prevenção dos danos aos interesses difusos. A autora esclarece que, após o procedimento, chegando-se à conclusão de existência de risco ao bem tutelado, o resultado da investigação servirá de base para a realização do compromisso de ajustamento de conduta com bases preventivas.<sup>774</sup>

Contudo, Almeida explica que a tutela dos interesses difusos deixa ainda algumas dúvidas como, por exemplo, a respeito da legitimidade do MP Estadual, quando este propõe a Ação civil pública para defesa do meio ambiente. Para a autora, pela regra do art. 109 da Lei Maior (competência em razão da pessoa), quando na função de fiscal da lei, o MP Federal atuará junto à Justiça Federal, e o MP Estadual, junto à Justiça Estadual, já que quando o Ministério Público exerce o *munus de custos legis*, o faz não em defesa de interesse difuso, mas sim, na defesa de interesse público, evidenciado em razão da matéria.<sup>775</sup>

Almeida ainda sustenta que a legitimidade do MP (federal ou estadual), na propositura de Ação civil pública, requer interesse primário (motivação) representada pela defesa do meio ambiente. Já o interesse secundário (competência), pelos critérios do art. 109 da Carta Magna, é verificado pela existência, ou não, do interesse da União na causa. Nestes termos, o MP Estadual teria legitimidade para propor ACP junto à Justiça Federal, quando houvesse interesse da União, e ante a omissão do MP Federal, podendo este ingressar no feito, posteriormente, como assistente litisconsorcial. Mas, se o interesse secundário for do Estado ou do Município - e o MP Estadual não propuser a ação para resguardá-lo - poderá fazê-lo o Ministério Público Federal.<sup>776</sup>

De qualquer modo, esclarece-se que o Ministério Público, seja federal ou estadual, sempre terá legitimidade para a propositura da Ação civil pública na defesa dos direitos difusos. Esta hipótese é efetivamente a que mais se coaduna com a ampla defesa do meio ambiente proposta no *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988, já que a omissão do

---

<sup>773</sup> Castilho, *op. cit.*, p. 163.

<sup>774</sup> CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. O ministério público e a tutela preventiva dos interesses metaindividuais: O papel do inquérito civil. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré (Coord.), n. 30, abril/junho, 2003. p. 208.

<sup>775</sup> ALMEIDA, Maria Carmen Cavalcanti de. Da legitimidade ativa do Ministério Público nas ações civis públicas de meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 5, n. 19, p. 99-108, jul./set., 2000. p. 101-07.

<sup>776</sup> *Idem*, p. 107.



órgão ministerial, de qualquer das entidades federativas, não poderá ser motivo de proibição para que o Ministério Público de outra esfera da Federação seja parte legítima, para a propositura de ação atinente a defender um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Quanto à questão da legitimidade do Ministério Público para propositura de Ação civil pública, cita-se o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em Apelação Cível nº. 62078, cuja decisão foi proferida em 26/02/2003. A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação nos seguintes termos:

Ementa: Ação civil pública. Aplicação aos atos materiais praticados ainda que anteriores à sua edição. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor Ação civil pública objetivando a responsabilidade por danos ambientais decorrentes de atividade lesiva (queimada) anterior à edição da Lei nº. 7.347/85. 2. A Lei nº. 6.938/81, além de instituir o regime da responsabilidade civil objetiva, já havia legitimado o órgão ministerial, estadual e federal, para propositura da ação visando a reparação do dano ambiental. 3. A Lei nº. 7.347/85 apenas ampliou a legitimidade para propositura da ação civil pública, antes atribuída apenas ao Ministério Público, para uma parcela maior da sociedade, o que foi totalmente recepcionado pela nova ordem constitucional, na medida em que o art. 225, da Carta Magna impôs ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente. 4. A presente ação civil pública encontra fundamento: 1) nas disposições da Lei nº. 6.938/81 no que se refere à questão da legitimidade *ad causam* ativa do órgão ministerial e à questão da responsabilidade objetiva pelos danos ambientais causados pela prática de queimada na vigência dessa lei (art. 14, § 1º); 2) nas disposições da Lei nº. 7.345/85, de natureza processual, em vigor à época da propositura desta ação. 5. Tendo em vista o tempo decorrido até o julgamento deste recurso, deverá ser feita a devida adequação do objeto da perícia, para justificar sua pertinência e necessidade atuais. 6. Apelação provida para anular a sentença e determinar a baixa dos autos para regular processamento do feito.

Neste acórdão, ressalta-se a associação da legitimidade do órgão ministerial para a legitimidade para propositura da Ação civil pública, com o estabelecido no art. 225, da Carta Magna, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente. Assim, de modo geral, o Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ações civis, pelo menos como interveniente como *fiscal da lei*, sempre que o objeto da ação for de *interesse público*.

De outro vértice, conforme o art. 134, da Constituição Federal, a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados que comprovarem insuficiência de recursos. A Lei Complementar nº. 80 de 1994 organizou a Defensoria Pública da União, do DF e dos Territórios, e estabeleceu normas gerais para sua organização nos Estados.

O art. 4º da referida LCp estabelece as funções institucionais da Defensoria Pública, e dentre elas a de promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses (I); patrocinar ação civil (III) etc. Quanto à legitimidade da instituição

em causas relativas ao meio ambiente, cumpre destacar que a Lei nº. 11.448/2007 alterou o art. 5º da Lei nº. 7.347/85, legitimando-a para a propositura da Ação civil pública. Deste modo, a legitimação processual para a propositura desta ação foi ampliada, ampliando-se, com isso, a possibilidade de defesa dos direitos difusos.<sup>777</sup>

Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, ainda estão legitimados para a propositura da Ação civil pública a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, as sociedades de economia mista. Neste caso específico, Dinamarco afirma que esta legitimidade é muito pouco exercida, comentando que “[...], essa desmotivação estatal causa certa perplexidade, pois os entes políticos são, presumivelmente, os maiores interessados na tutela dos interesses meta-individuais, enquanto gestores da coisa pública e do bem comum.”<sup>778</sup>

Com relação à legitimidade dos entes políticos, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,<sup>779</sup> de Apelação em Mandado de Segurança nº. 43031, cuja decisão foi prolatada em 05/12/2000, traz a seguinte ementa:

Ementa: Mandado de segurança – Projeto de lei complementar municipal criando “parque de eventos” que poderá causar impacto ambiental e Embaraço a serviços públicos federais desenvolvidos no centro administrativo federal contíguo – legitimidade ativa da União – Procedência da ação – Descumprimento de norma da lei orgânica do município. 1 – Não existe um “meio ambiente municipal”, e sim o meio ambiente único, a cujo equilíbrio ecológico todos têm direito, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225 da Constituição de 1988). 2 – A proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23 da CF/88), independentemente de a agressão ocorrer em próprio público federal, estadual ou municipal. 3 – A União tem legitimidade para figurar no pólo ativo de Mandado de segurança contra a votação de lei municipal que possa causar impacto ambiental ou gerar qualquer forma de poluição, ou o embaraço de seus serviços, sem observância dos requisitos legais. 4 – O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não diz respeito apenas à proteção das matas, da flora e da fauna, mas também ao espaço urbano onde vive a maioria da população, que sofre de grave degradação da qualidade de vida causada por todas as formas de poluição, inclusive a sonora, não se podendo ignorar que a instalação de um Parque de Eventos, onde ocorrerão festejos, solenidades e manifestações de massa, ao lado de um Centro Administrativo, contribuirá para agravar ainda mais a poluição sonora a que já se encontram expostos os servidores e os usuários de seus serviços. 5 – O art. 236 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre estabelece que a votação de qualquer projeto de cuja implementação possa decorrer impacto ambiental será precedida de ampla divulgação para que a população possa se manifestar, podendo

<sup>777</sup> Cabe ainda mencionar o Projeto de Emenda Constitucional nº. 487 de 2005 - de autoria do Deputado Roberto Freire - que dispõe sobre a Defensoria Pública, suas atribuições, garantias e vedações. Aquele projeto objetiva uma extensa reforma na instituição, prevendo, por exemplo, um detalhamento na autonomia funcional, administrativa e financeira entre várias outras alterações. A PEC nº. 487 atualmente tramita no plenário da Câmara dos Deputados.

<sup>778</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. Op. cit., p. 257.

<sup>779</sup> A turma, por unanimidade, não conheceu do recurso interposto pela autoridade impetrada e negou provimento ao apelo do município e à remessa oficial.

ocorrer, a requerimento de qualquer entidade interessada em oferecer opinião ou proposta alternativa (parágrafo único), uma audiência pública, formalidade essencial para que a coletividade e o Poder Público possam exercer a defesa do meio ambiente prevista no art. 225 da Constituição. Omitida essa formalidade, o Mandado de segurança tem procedência. 6 – Apelo da autoridade impetrada não conhecido. Apelo do Município e remessa oficial improvidos.

Neste caso, atesta-se a legitimidade da União, como pessoa jurídica de direito público, para figurar no pólo ativo de Mandado de segurança contra a votação de lei municipal que possa causar impacto ambiental, ou gerar qualquer forma de poluição.

Contudo, Dantas comenta que, na prática, tem-se verificado uma atuação bem discreta dos entes públicos quando se trata de efetivamente promover a Ação civil pública ambiental. O autor afirma que “as razões para tanto são inúmeras. Pode-se apontar, por exemplo, a falta de vontade política do Chefe do Poder Executivo local ou mesmo do respectivo órgão de meio ambiente, aliados à sempre alegada falta de condições de trabalho, dentre outras.”<sup>780</sup>

Cabe lembrar, que a Administração Pública tanto poderá atuar no pólo ativo quanto passivo, em ação proposta com a finalidade de proteção ambiental. Conforme art. 12, incisos I e II, do CPC, a União, os Estados e o DF serão representados em juízo, ativa e passivamente, por seus respectivos procuradores; e os Municípios por seu prefeito ou procuradores. Já as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas são entes da administração indireta, que só poderão ser criados e extintos por lei específica, em qualquer nível da Federação.

De regra, a legitimação pressupõe um vínculo dos órgãos da Administração Pública com o objeto da tutela. Assim, se o dano ocorrer no estado de Santa Catarina, este estado estará legitimado para a propositura da Ação civil pública e não, por exemplo, o Estado de Minas Gerais. Contudo se a ocorrência do dano se der em vários Estados ou Municípios, todos serão legitimados para a propositura da ação.

Quanto à possibilidade de o sindicato auizar a Ação civil pública, destaque-se que, conforme art. 511 da CLT, aquela entidade é apresentada como uma associação

[...] para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

---

<sup>780</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. O papel do município na defesa do meio ambiente. In: FREITAS, Vladimir Passos de et al. *Direito ambiental em evolução*. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003. p. 228.

Nestes termos, os sindicatos estão legitimados para a propositura da Ação civil pública, além de estarem aptos a impetrar Mandado de segurança individual e coletivo. Fato este que está conforme a Constituição da República Federativa do Brasil e, por isso, devem ser respeitados, pois sindicatos são associações civis, sendo que as regras de legitimidade estabelecidas na Lei nº. 7.347/85 lhes são aplicáveis.

Sobre esse ponto, Dinamarco sustenta que não há a necessidade de que a causa trate exclusivamente de relação de emprego, podendo, segundo ele, tratar ainda da defesa de direitos relacionados à relação de consumo ou a qualquer outra matéria proveitosa a seus membros, podendo a demanda versar sobre quaisquer direitos coletivos (*stricto sensu*) da categoria. Nestes termos, um sindicato poderia ajuizar, por exemplo, a ação civil pública com vista à melhora do meio ambiente do trabalho em determinada indústria.<sup>781</sup>

A Lei nº. 7.345/85 ainda representou um marco na história da legitimação para a propositura de ações na defesa dos direitos difusos, conferindo-se legitimidade às associações. A Lei nº. 11.448, de 2007 estabeleceu nova redação ao art. 5º, inciso V, alíneas “a” e “b”, relativa à legitimidade da associação, exigindo que esta concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Quanto à exigência de inclusão entre suas finalidades institucionais - estabelecidas no inciso V, “b”, do art. 5º, daquela Lei – devem ser entendidas como a proteção específica do bem e sua compatibilidade com os fins da associação, havendo, dessa forma, uma *pertinência temática* entre o objeto da ação e o bem tutelado. Neste caso, Grinover entende que a exigência da *representatividade adequada* das associações é necessária na medida em que a coisa julgada *erga omnes* pode ocasionar prejuízos a interesses coletivos de terceiros.<sup>782</sup>

Contudo, esta restrição instituída no inciso V, “b”, do art. 5º, da Lei nº. 7.347/85, excluindo possíveis titulares dos interesses protegidos, não é razoável quando contraposta ao *caput* do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, em face dos objetivos traçados pelo sistema de responsabilidades difusas ali instituído. Há que se extrair a maior eficácia possível do referido dispositivo, a fim de se fazer valer o conceito de cidadania ambiental inserido naquele texto, onde todos possuem o dever de proteger o meio ambiente.

---

<sup>781</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 254-55.

<sup>782</sup> Grinover, A. P. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores - a Lei 7.347, de 24/07/85*. *Op. cit.*, p. 124.

Esclarece-se que o Código de Defesa do Consumidor cria como idéia básica a defesa coletiva dos direitos, podendo esta ser efetivada pelos legitimados previstos no art. 82 do referido Código.<sup>783</sup> Com relação às associações, o art. 87 do CDC estabelece que estas estão isentas das despesas do processo e, mesmo se perderem as causas, não terão de pagar honorários de sucumbências (honorários pela perda da ação) à empresa que foi parte no processo. Exceto se houver litigância de má-fé, pois, nesse caso, as associações perderão o direito à isenção, e os seus diretores poderão ter de pagar indenização.<sup>784</sup>

O § 1º, do art. 82 do CDC também determina que o requisito de pré-constituição das associações pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando identificado manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Ação Rescisória nº. 497, cuja decisão foi prolatada em 12/08/1998, e por unanimidade, julgou-se improcedente a referida ação, traz o seguinte exemplo:

Ementa: Ação Civil Pública - Legitimidade - Fundação de Assistência Social à Comunidade de Pescadores - Defesa do Meio Ambiente - Construção - Fábrica de Celulose. Embora não constando expressamente em suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, é a fundação de assistência aos pescadores legitimada a propor ação civil pública para evitar a degradação do meio em que vive a comunidade por ela assistida. Justifica-se a ação rescisória somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade. Ação rescisória improcedente.

No caso em questão, o Tribunal atestou a legitimidade ativa da fundação para a propositura da Ação civil publica, com o objetivo de defesa e preservação do meio ambiente, em decorrência de construção de estabelecimento industrial. Além disso, não houve problema por não haver previsão expressa no estatuto sobre a defesa do meio ambiente. No entanto, o fundamento para a propositura da demanda foi o relevante *interesse social* que fazia parte do caso em questão.

Com relação ao prazo estabelecido na alínea “a”, do inciso V, do art. 5º, da Lei nº. 7.347/85, Dinamarco afirma que o prazo de um ano ali estipulado conta-se a partir do registro da associação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas até o momento da propositura da

<sup>783</sup> O art. 82 do CDC prescreve que os legitimados concorrentemente para a defesa dos interesses previstos no art. 81, citado anteriormente, são: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensada a autorização assemblear.

<sup>784</sup> RIOS, Josué de Oliveira *et al.* *Código de defesa do consumidor comentado*. São Paulo: Globo, 2001. p. 87.

demanda, podendo ser dispensado pelo juiz, quando houver manifesto interesse social.<sup>785</sup> Mas se no momento da sua constituição a associação não incluía entre suas finalidades institucionais a proteção ao bem em questão, o prazo de um ano será contado a partir do momento do registro da alteração no estatuto.<sup>786</sup>

Importante destacar que, na prática, a jurisprudência vem reiteradamente desconsiderando o requisito da pré-constituição, com fundamento no § 4º desse art. 5º da LACP, ou seja, em função do manifesto interesse social. Deste modo, se o juiz entender que a espera pelo decurso do prazo de um ano, por exemplo, poderá acarretar dano irreversível ao bem, ele poderá desconsiderar tal requisito, com base no argumento do manifesto interesse social. Mas se não existir o risco, há que se respeitar o prazo legal.

Sobre esse ponto, Dinamarco observa que a jurisprudência vem dispensando a pré-constituição sob o fundamento de que, no momento da decisão judicial, a associação já teria completado um ano, configurando excesso de formalismo extinguir o processo, pelo motivo em questão. Aqui, o autor comenta que “apesar de aparentemente correta essa segunda situação, diante da instrumentalidade do processo, tal postura novamente torna absolutamente inócua a exigência legal, não sendo portanto legítima essa prática.”<sup>787</sup>

Outro fato importante com relação à legitimação das associações, em matéria processual, é que a MP nº. 2.180-35/01, alterou a Lei nº 9.494/97<sup>788</sup> acrescentando alguns artigos, ente eles o art. 2º A, e B, onde se estabelece que a sentença civil prolatada em ação coletiva proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham - na data da propositura da ação - domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Estabeleceu-se, ainda que ações coletivas propostas contra entidades da Administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Entre as alterações ainda está o fato de que a sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do DF e dos

---

<sup>785</sup> Nos termos do art. 5º, § 4º, da Lei da ação civil pública.

<sup>786</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 242.

<sup>787</sup> *Idem*, p. 244.

<sup>788</sup> Lei que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.

Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

Na opinião de Borges, a inclusão destes dois novos dispositivos (Lei nº 9.494/97, artigo 2º A, e B) é uma tentativa de enfraquecimento das associações, da sociedade e do Poder Judiciário, beneficiando apenas o Estado. Segundo a autora, tais modificações, promovidas pelo Poder Executivo, dificultam o acesso à justiça, e retira dos juízes instrumentos eficazes de tutela de direitos coletivos *lato sensu*.<sup>789</sup>

Destarte, o tema da legitimação na área ambiental apresenta alguns problemas. A legitimação dos sujeitos coletivos (associações), por exemplo, pode pôr em xeque o atual modelo de acesso à justiça. De fato, o *caput* do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil impõe o dever de proteção ao meio ambiente ao Poder Público e à *coletividade*. O conteúdo deste artigo produz influências diretas nos sistemas de legitimação. Estes devem se conformar ao texto constitucional, que determina a legitimidade ativa para a defesa do meio ambiente de forma clara e objetiva.

No *caput* do art. 225 da Lei Maior, o objetivo constitucional foi certamente a proteção e o acesso integral de todos os potenciais titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Contudo, o fato é que as associações, no Brasil, são normalmente criticadas pela falta de iniciativa, preferindo, na maioria dos casos, a provocação do Ministério Público.

De acordo com Dinamarco, estima-se que no Estado de São Paulo, apenas 4% das ações civis públicas ambientais haviam sido ajuizadas por associações, já que a formulação de tantas exigências, apesar de selecionar as associações mais idôneas, traz consigo o risco da total eliminação da já reduzidíssima iniciativa processual das associações em matéria de interesses metaindividuais.<sup>790</sup>

Por fim, com relação aos problemas da legitimidade processual, deve-se procurar privilegiar, dentro das possibilidades que a lei oferece, o bem comum e a defesa do direito difuso de caráter ambiental. E esta escolha deverá se sobrepor a um modelo arcaico de processo que, se mal utilizado, poderá comprometer a eficácia das normas ambientais, prejudicando, dessa forma, as presentes e futuras gerações, além de diminuir a credibilidade do Poder Judiciário.

---

<sup>789</sup> Borges, R. C. B. *Processo, ação civil pública e defesa do meio ambiente: os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade*. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>790</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 251.

### 3.3.3 Legitimidade passiva: Um elemento para a eficácia do princípio da responsabilização

De uma forma geral, na ocorrência de um dano ou ameaça de dano ambiental, poderá figurar no pólo passivo de uma ação promovida para a proteção do meio ambiente a pessoa física, jurídica, e a Administração Pública. A responsabilização poderá se dar por ação ou omissão, de qualquer das pessoas citadas, sendo elas direta ou indiretamente responsáveis pelo dano.

Especificamente, a Lei da ação popular estabelece, em seu art. 6º, que a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas, além das entidades referidas no art. 1º da referida lei, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Importante destacar que a Ação popular visa à anulação do ato administrativo, ou a anulação de ato lesivo ao meio ambiente, que esteja relacionado com as atividades desenvolvidas pelo Poder Público. Neste caso, Oliveira *et al* citam o exemplo de “[...] uma empresa que não obteve licença e que joga material poluente, como detergentes, em um rio que corta vários municípios. Anular-se-á o ato do particular, sendo necessário que o Poder Público, que deixou de exercer a fiscalização, figure no pólo passivo da demanda.”<sup>791</sup> Assim os legitimados passivos na Ação popular são todos de que algum modo contribuirão para a lesão do bem ambiental, seja por ação ou por omissão. Todas as pessoas, sejam públicas ou privadas, podem figurar o pólo passivo. Nestes termos, Leite explica que

A demanda ambiental popular tem como pressuposto de cabimento e de caracterização da legitimidade passiva um ato lesivo ao bem ambiental ou patrimônio público, estrito senso. Este ato deve ser entendido em uma concepção eclética, que tanto pode ser um ato administrativo, como um ato cometido pelo particular, mas relacionado com as atividades do Poder Público.<sup>792</sup>

De outro vértice, na Lei da ação civil pública não existe dispositivo que estabeleça as pessoas que figurarão no pólo passivo da ação. Neste caso, a legitimidade passiva é atribuída a qualquer pessoa que, de forma direta ou indireta, causou dano ao meio ambiente, seguindo-se, na orientação de Dinamarco, o direito material, sobretudo o estabelecido no

---

<sup>791</sup> Oliveira, F. P. M.; Guimarães, F. R. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. *Op. cit.*, p. 121-22.

<sup>792</sup> LEITE, J. R. M. *Ação popular: um exercício da cidadania ambiental? Op. cit.*



Código Civil; além das regras que impõem o litisconsórcio necessário ou autorizam o facultativo.<sup>793</sup>

Quanto ao Ministério Público, órgão que não possui personalidade jurídica, não existe a possibilidade de a instituição figurar no pólo passivo de demanda, quando tratar-se de tutela indenizatória - caso em que o Estado será o responsável pelos eventuais danos causados por aquela entidade. Todavia, quando tratar-se de obrigação de fazer ou não fazer, prevista na Lei n.º 7.347/85, não haveria impedimento para a participação daquela entidade no pólo passivo da ação.

Dinamarco atenta ainda para a impossibilidade de associação figurar no pólo passivo, já que, conforme art. 472, do CPC, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.” Além disso, violar-se-ia a garantia individual do contraditório, da ampla defesa e o devido processo legal, previstos no art. 5º, incisos LV e LIV, da Constituição Federal. Por isso, o autor defende que, em qualquer processo, os efeitos de uma sentença não devem prejudicar o indivíduo, sem que lhe seja dada a ampla oportunidade de se defender.<sup>794</sup>

Quanto à legitimidade passiva nas causas relativas ao meio ambiente, pode-se citar o exemplo do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial n.º 28222, prolatado em 15/02/2000, cuja ementa diz o seguinte:

EMENTA: Direito Administrativo e Ambiental. Artigos 23, Inciso VI e 225, ambos da Constituição Federal. Concessão de Serviço Público. Responsabilidade Objetiva do Município. Solidariedade do Poder Concedente. Dano Decorrente da Execução do Objeto do Contrato de Concessão Firmado Entre a Recorrente e a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP (Delegatária do Serviço Municipal). Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Impossibilidade de Exclusão de Responsabilidade do Município por Ato de Concessionário do Qual é Fiador da Regularidade do Serviço Concedido. Omissão no Dever de Fiscalização da Boa Execução do Contrato Perante o Povo. Recurso Especial Provido para Reconhecer a Legitimidade Passiva do Município. I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou “convênio” para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos meta-individuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade. O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou “convênio” para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. III - Nas ações

<sup>793</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. Op. cit., p. 267.

<sup>794</sup> Idem, p. 270.

coletivas de proteção a direitos meta-individuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade.

Neste caso, havia para o Município obrigação de não-fazer, ou seja, o não lançamento de esgoto, que teve como conseqüência a poluição da água do rio. O fato de se tratar de concessão de serviço público foi considerado irrelevante, em face da responsabilidade objetiva cabível na ocorrência de danos ambientais, além do Município ter a competência comum, juntamente com os outros entes políticos da Federação, para a preservação e defesa do meio ambiente.

Pode-se citar também o exemplo do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento de Apelação Cível n.º. 261886, cuja decisão foi prolatada em 13/04/2000. Diz a ementa do acórdão em questão:<sup>795</sup>

Ementa: Constitucional. Administrativo. Ligação de Energia Elétrica em Loteamentos Clandestinos Situados em Áreas de Preservação Permanente. 1.- Por disposição do art. 21, inciso XII, letra 'b', da Constituição Federal, a exploração, direta ou por meio de autorização, concessão e permissão, dos serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, é da competência da União Federal. Como é do conhecimento geral, o poder concedente apenas transfere a execução do serviço público ao concessionário, permanecendo com a titularidade do mesmo. Na qualidade de titular do serviço público, no caso a distribuição de energia elétrica, a União tem o dever da fiscalização dos serviços prestados pela concessionária, sendo, subsidiariamente responsável por danos causados pela má prestação dos serviços, especialmente quando prestados fora do âmbito das cláusulas do contrato de concessão. Portanto, não pode prevalecer a pretensão da União Federal de ser excluída da lide. [...] 3.- A responsabilidade pela preservação ambiental é de todos em geral, e, em especial dos órgãos detentores do poder. O poder municipal tem o dever de elaborar seu plano diretor respeitando as áreas de preservação permanente e tem, ainda, o dever, de fiscalizar e impedir as invasões clandestinas de ditas áreas. A União Federal, tem o dever de exigir que suas concessionárias o mais estrito respeito às regras ambientais, contido nesse respeito a negativa de prestação de serviços aos aglomerados humanos que se instalaram nas áreas de preservação permanente. 4.- Dentro desse espírito ambientalista que deve a todos inspirar, até por uma questão de sobrevivência, nossa Constituição Federal, ao exemplo da de muitos outros países, impõe ao Poder Público e à coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente, tanto para a presente como para as futuras gerações ( art. 225 da C.F.). Há, por todo o planeta Terra, movimentos no sentido de preservar nosso belo "planeta azul". A CELESC deve contribuir com esse movimento, de forma muito simples, bastando para isso que cumpra a lei e não proceda ligações em loteamentos clandestinos situados em áreas de preservação permanente. 5.- Tendo em vista a gravidade da questão, que ultrapassa os limites da cidade de Florianópolis e do Estado de Santa Catarina, visto que é do interesse global, não me parece excessiva a pretensão do

<sup>795</sup> Destaque-se que a turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso do ministério público e negou provimento aos recursos da Celesc e união federal e à remessa oficial.

Douto Órgão do Ministério Público Federal de que seja dada ampla divulgação da sentença de procedência.

Nestes termos, atestou-se a legitimidade passiva a União Federal em ACP, pelo fornecimento de energia elétrica em loteamento irregular, ou seja, em área de proteção ambiental. A condenação deu-se no sentido da sustação da prestação de serviço ilegal.

Por último, ainda cita-se o exemplo do acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgamento de remessa de Recurso Extraordinário, Processo nº. 199901000923997, cuja decisão foi prolatada em 01/04/2004, onde por maioria conheceu-se da remessa e à unanimidade, negou-se provimento à remessa. Diz a ementa do acórdão:

Ementa: Ação Civil Pública. Garimpagem com a Utilização de Mercúrio. Inadmissibilidade. 1. Legitimidade passiva do Estado do Amazonas, uma vez que a preservação do meio ambiente constitui competência comum da União e dos Estados (Carta Magna, art. 23, VI e VII). 2. A garimpagem, com a utilização de mercúrio, constitui atividade que implica a degradação do meio ambiente e risco para a saúde das populações ribeirinhas, indígenas ou não, bem como para os próprios garimpeiros, uma vez que o metal em questão é absorvido pelos peixes, que é uma das principais fontes de alimento na região amazônica (Carta Magna, art. 225, *caput*; e § 4º). 3. Inadmissibilidade da exploração de riquezas minerais em reserva indígena sem autorização do Congresso Nacional (Carta Magna, art. 231, §§ 2º e 3º). 4. Remessa a que se nega provimento.

Assim, a pessoa física ou jurídica, seja de direito público ou privado, poderá ser *responsabilizada* pela ocorrência de dano ou ameaça de dano ambiental, figurando, deste modo, no pólo passivo da ação para a proteção do meio ambiente. Destaque-se que, as pessoas - não só por motivo de *ação* danosa, mas também pela *omissão*, sobretudo dos agentes da Administração Pública – podem assumir a legitimidade passiva numa demanda ambiental, mesmo que sejam responsáveis pelo dano de forma indireta. Lembrando, ainda, que as ações ambientais são imprescritíveis.

Finalmente, a seguir, tratar-se-á de um importantíssimo instrumento jurídico na defesa do meio ambiente, ou seja: o processo coletivo e, mais especificamente, a tutela coletiva de urgência, que se apresenta hoje como uma ferramenta indispensável para a pronta reparação do dano ambiental e, sobretudo, para evitá-lo ou preveni-lo.

### **3.4. O processo coletivo em favor da eficácia do direito ao meio ambiente**

O processo coletivo é normalmente visualizado como um subsistema inserido no sistema do processo civil, regido por normas e princípios específicos, além de instrumentos

característicos para a tutela de interesses ou direitos metaindividuais. Atualmente, no Brasil, está-se bem próximo da elaboração de um Código de Processo Civil Coletivo, o que certamente facilitará a aplicação e defesa dos direitos difusos, já que as normas processuais estarão reunidas e sistematizadas num só instrumento.

Aquele processo surgiu para atender novas necessidades sociais, além de conferir suporte aos *novos* direitos, priorizando o atendimento de significativo número de pessoas, com vistas a evitar a propositura de várias e repetitivas demandas individuais. De acordo com Mancuso, a *jurisdição coletiva* tem por objetivo resolver controvérsias de grande repercussão quanto à relevância do objeto e/ou ao número de sujeitos envolvidos. Deste modo, um processo seria coletivo quando o seu propósito fosse a tutela de um interesse metaindividual, previstos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>796</sup>

O que se tem hoje como instrumentos para a tutela judicial dos interesses metaindividuais, teve modelo semelhante na Roma antiga, a *actio popularis*, que tinha finalidade coletiva ou pública, podendo ser intentada por qualquer do povo (*cuivis de populo*), dispensando-se a exigência da pertinência direta e pessoal do interesse afirmado. Na Idade Média, havia a figura dos *group litigations*, que também pode ser comparada à atual tutela coletiva, mas estas não foram tão prósperas quanto a *actio popularis*. Na Idade Moderna, havia grupos que objetivavam a reunião de fundos para o financiamento de grandes empreendimentos, na época dos descobrimentos; além da figura das chamadas *friendly societies*, cujo objetivo era a mútua assistência (médica, financeira) a seus membros, precursores remotos dos atuais fundos de previdência privada, montes-pios e seguros-saúde.<sup>797</sup>

Mas talvez o mais importante instrumento de tutela de interesses coletivos sejam as denominadas *class actions*, provenientes do sistema do *common law*, especialmente a relativa ao sistema jurídico norte-americano. De acordo com Grinover, esta última foi baseada na *equity*, com antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII.<sup>798</sup> Segundo a autora, as *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 fixaram, no art. 23, algumas regras fundamentais sobre aquele tipo de ação. Todavia havia vários tipos de *class action* na época, o que resultou em algumas dificuldades práticas. Este fato induziu os especialistas norte-americanos (*Advisory*

<sup>796</sup> Mancuso, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>797</sup> *Idem*, p. 23-27.

<sup>798</sup> De acordo com Neiva “O *bill of peace* envolvia uma autorização para o processamento de uma ação individual como coletiva, desde que o autor requeresse que o provimento viesse a englobar todas as pessoas que estivessem na mesma situação conflituosa, dando-se tratamento uniforme e evitando-se multiplicação de processos. Mister houvesse um interesse comum ou similar entre os envolvidos (*shared interests*)”. In: NEIVA, José Antônio Lisboa. *Ações coletivas no direito brasileiro: uma visão geral*. Disponível em <<http://www.trf2.gov.br/emarf/images/revhist0127neiva.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2007.

*Committee of Civil Rules*) a conferir novos contornos à matéria, por meio das *Federal Rules* de 1966. Estas são apontadas como a origem, ou inspiração da categoria brasileira dos interesses individuais homogêneos.<sup>799</sup>

A regra 23 das *Federal Rules* de 1966 contém quatro pré-requisitos, e estabelece três categorias de *class action*, sendo duas obrigatórias (*mandatory*) e uma não obrigatória (*not mandatory*), cada qual com requisitos próprios. O atendimento aos requisitos é necessário para qualquer ação de classe; mas é o inciso (b1), (A) e (B); além do inciso (b2), que cuidam da ação de classe obrigatória (*mandatory*), que corresponde às ações em defesa dos interesses difusos e coletivos no Brasil. Dessa forma, de acordo com Grinover, os pré-requisitos da *class action* se apresentam da seguinte maneira:

a) “Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando a todos, apenas se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os integrantes da classe”. Trata-se dos requisitos vestibulares (*threshold requirements*). Seguem, na alínea (b), os requisitos para o prosseguimento da ação de classe, que na verdade criam três categorias de ações: b) “prosseguimento da ação de classe: Uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda: 1. o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de: A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe; B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seria dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; ou 2. a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; [...]”<sup>800</sup>

O direito norte-americano prevê vários *writs* que tutelam direitos indisponíveis como, por exemplo, a *injunction* (obrigação de fazer ou não fazer) contra o ato do poluidor, a qual tem uma natureza mandamental, não admitindo descumprimento pena de configuração do *contempt of court*.<sup>801</sup>

<sup>799</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. Disponível em <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/dezembro/2112/ARTIGOS/A03.htm>>. Acesso 15 maio 2007.

<sup>800</sup> Idem.

<sup>801</sup> APPIO, Eduardo. *Amicus curiae* e audiência pública no processo civil brasileiro - proposta para o fortalecimento da cidadania através das ações coletivas o Brasil. Nota de rodapé n. 31. Disponível em <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao009/eduardo\\_appio.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao009/eduardo_appio.htm)>. Acesso em: 15 maio 2007.

Destarte, presentes tais requisitos, e não havendo outro procedimento eficiente e adequado para a solução da controvérsia, o juiz expedirá a chamada *certification order*, que é a atestação judicial de que a ação está em condições de prosseguir como uma *class action*; e que o autor ideológico é um adequado representante do interesse coletivo judicializado. Neste caso, destaca-se que a atestação judicial é passível de revisão ou revogação ulterior. Na opinião de Mancuso, as ações de classe norte-americanas representariam

[...] um meio idôneo para judicialização de conflitos coletivos, como alternativa válida para evitar o que seria o mal maior, isto é, a atomização do conflito em múltiplas demandas individuais repetitivas, fracionamento esse que engendra (tanto quanto entre nós) deletérias conseqüências: postergação indefinida das ações individuais; risco de decisões discrepantes em face de situações iguais; congestionamento dos órgãos judiciais.<sup>802</sup>

As *mandatory class actions* são destinadas, ao que corresponde no Brasil, à tutela dos interesses difusos e coletivos, já as *not mandatory class actions*, visam à proteção dos direitos individuais homogêneos. Nas duas hipóteses compete ao juiz da causa aferir se existe uma demanda de natureza coletiva (*certification*), e se o autor da ação representa a classe adequadamente. Neste último quesito, Appio esclarece que a verificação tem redobrada cautela nas *mandatory class actions*, já que estas não permitem o exercício do direito de exclusão (*opt out*); e, além disso, a sentença atinge diretamente todos os interessados.<sup>803</sup> Destaque-se, nesta oportunidade, que a LACP também não prevê o direito de exclusão, embora permita a repositura da ação em caso de improcedência por insuficiência de provas (art. 16, *caput*).

No sistema das *not mandatory class actions* (sistema *opt/out*), endereçada similarmente no Brasil à defesa dos direitos individuais homogêneos, busca-se preservar a figura do réu em face de demandas futuras, resolvendo-se o litígio de forma definitiva. Conforme Appio, “neste sistema incumbe ao autor coletivo informar (notificar) todos os atingidos pela demanda, de forma a possibilitar sua efetiva participação nos casos de improcedência impedir que o réu seja novamente acionado.”<sup>804</sup> O autor ainda comenta que este sistema facilita a composição da demanda por meio de um acordo entre as partes no curso do processo, sobretudo no que concerne às grandes empresas, que precisam ter a sua responsabilidade financeira fixada de forma definitiva.

<sup>802</sup> Mancuso, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 41-44.

<sup>803</sup> Appio, *op. cit.*

<sup>804</sup> Idem.

Como no sistema das *mandatory class actions* não se permite o exercício do direito de exclusão, além da sentença ter eficácia contra todos, a notificação pessoal dos interessados assume grande relevo na verificação da representação adequada do autor da ação. De acordo com Appio, isso se observou

[...] especialmente a partir do caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* quando a Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou a regra de que “se o tribunal entender que um considerável número de membros da classe pode ser identificado com razoável esforço, e problemas de ordem econômica impedem o demandante de notificá-los pessoalmente, não há outra alternativa do que desistir da *class action*”.<sup>805</sup>

Sobre esse ponto, Mancuso alerta para a possibilidade de ineficiência da notificação aos demais membros da classe (*absent parties*), além da possível inidoneidade do portador judicial do interesse da categoria (*ideological plaintiff*). Esses problemas acarretariam a propositura de ações temerárias, no sentido de serem qualificadas como mera chantagem judicial (*judicial blackmail*); além disso, o acolhimento da demanda coletiva poderia causar a destruição de setores produtivos inteiros, já que a certificação como *class action* poderá abranger um número extraordinário de co-legitimados ativos.<sup>806</sup>

Assim, no regime das *class action* norte-americanas - relativas a interesses coletivos, nas formas dos difusos e coletivos em sentido estrito, no modelo brasileiro, - os membros da classe vinculam-se de forma absoluta, sendo vedado o regime *opt out*. Por outro lado, na *class action for damages (not mandatory)*, em razão da divisibilidade das posições individuais, a vinculação depende da efetiva notificação aos membros da classe, pois àqueles que não pretendem sofrer os efeitos da ação coletiva, cabe o exercício do *right to opt out*; lembrando que, neste último caso, não há coisa julgada para aqueles que não foram devidamente notificados.

As *class actions* estão presentes em vários países (Canadá, Nova Zelândia, Austrália), com variações inseridas em cada ordenamento respectivo. De acordo com Dinamarco, nos Estados Unidos, em qualquer ação coletiva há um rígido controle da *representação adequada* no caso concreto; e a coisa julgada neste tipo de ação sempre atinge todos os representados, independentemente do resultado da demanda.<sup>807,808</sup> Quanto à *class action* nos moldes norte-americanos, Mancuso afirma que

<sup>805</sup> Ibidem.

<sup>806</sup> Mancuso, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>807</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>808</sup> Destaque-se que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (versão dez./2006) prevê, no seu art. 20, acerca da representatividade adequada, estabelecendo-se que, “qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça a sua representatividade adequada, demonstrada por

Tais ações acabaram tornando-se extremamente populares, sendo certo que nas cortes federais americanas têm sido usadas em casos como demandas antitruste, securitárias, em casos ambientais e relativos à discriminação sexual e racial, postulando benefícios governamentais, e ainda contra o uso de produtos tóxicos.<sup>809</sup>

Assim, pelo princípio da adequada representação – no sistema norte-americano – qualquer pessoa pode propor a *class action* (ação coletiva). Há uma fase posterior, após o preenchimento dos requisitos, a *certification*, onde o juiz verifica se o autor realmente representa o grupo de forma adequada. Neste caso, a ação coletiva é aferida caso a caso. A Regra 23 estabelece que para a concessão da *certification*, ou seja, para se obter autorização para uma demanda seguir como *class action*, é necessário o preenchimento dos requisitos ali previstos.

No Brasil, o sistema é misto: há a adequada representação presumida, e a adequada representação demonstrada. Presumida é a representação do Ministério Público, da defensoria pública, e das entidades paraestatais; já a adequada representação (legitimidade) das associações deve ser demonstrada. Importante dizer que o sistema de verificação da “representação adequada” das associações no Brasil, é bem menos rígido do que o sistema previsto na Regra 23 do sistema norte-americano. Por isso, não seria pertinente se fazer uma comparação fiel acerca dos dois sistemas neste ponto.

Dinamarco sustenta que na Ação civil pública não existe propriamente uma representatividade adequada, nos padrões norte-americanos, onde a verificação da representatividade é feita em concreto, com controle rígido pelo juiz; sendo que no Brasil o controle da legitimidade é feito em abstrato, pelo legislador, não se podendo falar em representatividade adequada, nem mesmo em relação às associações.<sup>810</sup>

Nos Estados Unidos, a decisão coletiva vale para todos, toda a categoria. Deste modo, se a pessoa (o representante advogado, por exemplo) perder a ação coletiva, não poderá entrar com ação individual posteriormente. Já no ordenamento jurídico brasileiro, pelo princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva, a sentença só beneficia, nunca prejudica. Trata-se do transporte do *in utilibus* da sentença coletiva para as ações individuais. Conforme art. 103, § 3º, do CDC, os efeitos da coisa julgada (art. 16 c/c art. 13 da LACP),

---

dados como: a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.” BRASIL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (versão dezembro 2006). Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/CBPC%202007%2001%2031%20-%20Entregue%20ao%20governo.doc>>. Acesso em: 18 maio 2007.

<sup>809</sup> Mancuso, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Op. cit., p. 29-30.

<sup>810</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. Op. cit., p.103.



não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente; mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores. Para Dinamarco,

[...] seria conveniente excluir, ao menos, as regras especiais contidas nos três primeiros parágrafos do art. 103 do Código do Consumidor, que impedem sempre a formação de coisa julgada desfavorável aos indivíduos que não participaram do processo. Manter-se-ia apenas a regra original disposta na Lei da Ação Civil Pública, que possibilita a repropositura da demanda (individual ou coletivamente) quando ela tiver sido julgada improcedente por falta de provas.<sup>811</sup>

O autor admite o risco de colusão entre as partes, com a propositura de demandas mal formuladas, por associações inidôneas e a pedido do próprio réu, com o intuito de obter uma ilegítima proteção trazida por sentença de improcedência; representando uma verdadeira hipótese de simulação. Contudo, Dinamarco entende que, se adotando as rígidas precauções, valeria a pena correr esse risco. Assim, ele afirma que

O juiz poderia decidir, ao julgar improcedente uma demanda coletiva, se aquela sentença estará sujeita, ou não, à coisa julgada *secundum eventum litis*, e em qual medida. Se sua sensibilidade indicar que naquele caso as partes não esgotaram todo o assunto ou que naquele caso pode não ter havido uma adequada representatividade das pessoas ausentes, ele determinaria a aplicação da regra especial.<sup>812</sup>

Neste ponto, observa-se que o princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva adotado no Brasil, se coaduna ao estabelecido no art. 225, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil, potencializando a possibilidade de realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – já que não prejudica aqueles autores que futuramente desejem ou necessitem ajuizar ação com vistas à proteção desse direito. Por isso, a questão de a sentença coletiva só beneficiar, e não prejudicar as pessoas que não participam do processo representa, em certo sentido, uma ampliação do acesso à justiça ambiental, o que se justifica pelo valor e indisponibilidade do *meio ambiente*. De outro vértice, Appio observa que

O instituto da representação adequada, concebido no art. 23 das Federal Rules, tem como principal finalidade a tutela dos direitos coletivos, a qual demanda uma resposta jurisdicional homogênea. Além da *adequacy of representation* é necessário que a demanda ou a defesa corresponda aos interesses fundamentais de todos os membros da classe, ou seja, a pretensão ou defesa deduzida pela parte deve ser representativa da classe.<sup>813</sup>

---

<sup>811</sup> Idem, p. 103-04.

<sup>812</sup> Ibidem, p. 105-06.

<sup>813</sup> Appio, *op. cit.*

Com relação à Regra 23, um dos requisitos da *class action* é a *adequação*, ou seja, os autores em nome dos quais foi proposta a ação devem ter as *condições para representar a classe da melhor forma possível*. Sobre este requisito, Mancuso explica que

[...], a ação somente será certificada como de classe se a parte demonstrar que possui a condição financeira suficiente para fazer frente aos enormes custos de advogados, peritos, taxas, etc., o que de modo algum facilita a certificação. Fica patente, portanto, que as *class actions* são endereçadas, basicamente, à tutela dos direitos individuais homogêneos, os quais ensejam uma indenização pecuniária, na qual todos os cidadãos beneficiados poderão se habilitar, futuramente, num fundo comum.<sup>814</sup>

Nesse sentido, Appio assinala que a representação adequada assume importância nas hipóteses em que a parte representa as demais vítimas na busca de uma reparação pecuniária; e afirma que

No sistema norte-americano, a lei transferiu para o juiz o exame acerca da existência dos interesses comuns, bem como da conveniência da adoção deste procedimento (superioridade) e a prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais. Analisa, ainda, a chamada *adequacy of representation*, ou seja a existência de uma efectiva homogeneidade dos interesses entre a classe tutelada e aqueles que se apresentam como seus representantes.<sup>815</sup>

O autor também explica que - no que concerne à tutela dos direitos individuais homogêneos no Brasil - não há que se falar em representação adequada; aqui o indivíduo não poderá representar os demais, salvo nos casos de expressa substituição processual (art. 6º do CPC).

A Lei da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor prevêem os legitimados para a propositura de ações coletivas no Brasil, incumbindo ao juiz do feito verificar se o autor consta no rol dos legitimados ativos e, neste caso, o exame da extensão da representatividade do autor coletivo é transferida para o debate acerca do interesse de agir. Já no sistema norte-americano, com seu sistema da representação adequada, cabe ao magistrado verificar se o autor da ação coletiva possui capacidade para representar todos os atingidos pela medida judicial.<sup>816</sup>

Assim, nos Estados Unidos a aferição da *legitimatío ad causam* no plano coletivo é centrada no juiz (*defining function*); enquanto que no Brasil, em determinados casos, o próprio legislador estabelece os legitimados (art. 5º da Lei nº. 7.347/85), conferindo um controle residual para o juiz, na hipótese, por exemplo, das associações, podendo este

<sup>814</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 310.

<sup>815</sup> Appio, *op. cit.*

<sup>816</sup> Idem.

dispensar a sua pré-constituição, ou mesmo opinar acerca da pertinência temática entre o objetivo estatutário da entidade, e o objeto da ação coletiva. Neste ponto, Dinamarco conclui que, no Brasil, predominam os organismos públicos como representantes; destacando ele que

[...], seria interessante conceder legitimidade ativa ao próprio indivíduo para ajuizar uma ação civil pública, tal como ocorre nos Estados Unidos e em Portugal e como já é em nossa ação popular. Como dito no estudo específico da *class action* (v. item n. 10.6), o indivíduo diretamente interessado na proteção de determinado direito será, potencialmente, o melhor defensor daquele bem. A análise da representatividade no caso concreto também seria requisito essencial para a legitimidade do cidadão.<sup>817</sup>

Mas não se pode olvidar a possibilidade do interessado figurar no pólo ativo da demanda coletiva, como litisconsorte, sobretudo na hipótese de cabimento da propositura da Ação popular, com igual objeto, representando, segundo Dinamarco, uma legitimidade parcial, já que não autoriza a propositura da demanda, mas somente o litisconsórcio.<sup>818</sup>

No que afeta aos interesses difusos e coletivos, por apresentarem objeto indivisível, estes apresentam sentença com eficácia *secundum eventum litis*, beneficiando, indiretamente, todos os demais interessados. Nesse sistema, a prevalência do objeto se sobrepõe, em termos de relevância, à legitimidade ativa, em razão, sobretudo, da importância social dos bens a serem tutelados pela via coletiva. Por esse motivo, no Brasil, pelo princípio da máxima efetividade (contrariando o princípio dispositivo) ou do ativismo judicial - ao contrário do que ocorre em regra no processo civil comum<sup>819</sup> - no processo coletivo, o juiz pode permitir, assegurado o contraditório, a alteração do pedido ou causa de pedir no curso da ação, ou determinar, de ofício, a produção de provas.

Por seu turno, Appio entende que “o sistema brasileiro de representação legal não assegura a efetiva participação de todos os interessados, já que se baseia em verdadeira ficção jurídica.” O autor sustenta que “[...] as ações coletivas podem consistir em um importante espaço de ampliação do debate democrático, desde que o autor coletivo vá buscar na própria sociedade as respostas para os problemas sociais e econômicos do país.”<sup>820</sup> Essa ampliação do espaço democrático dar-se-ia, por exemplo, por meio de audiências públicas promovidas pelo autor coletivo, como uma instância prévia ao debate judicial, de modo a se conferir maior proximidade com os interesses da comunidade atingidos pela medida.

<sup>817</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 202.

<sup>818</sup> *Idem*, p. 202-03.

<sup>819</sup> Diz o parágrafo único, do art. 264 do CPC: “A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.”

<sup>820</sup> Appio, *op. cit.*

Um ponto muito importante a ser destacado em termos de direitos ou interesses difusos, é a questão da prevenção ou da precaução, assunto fundamental para a defesa daqueles direitos. Sobre esse ponto, Mancuso observa que

As *class actions*, de uma maneira geral, não têm a virtude de impedir a ocorrência do dano. Muito ao contrário, a “certificação” da existência de uma *class action*, por parte de uma Corte Federal, depende da ocorrência do dano e geralmente estão ligadas a ações contra monopólios comerciais e fixação abusiva de preços no mercado, litígio trabalhistas e decorrentes de acidentes de massa [...], bem como práticas governamentais que tenham causado danos financeiros a um grande número de indivíduos, para os quais se exige a observância da cláusula da representação adequada que nada tem a ver com a legitimação prevista no art. 5º, da LACP, na medida em que aquela está atrelada às condições financeiras da firma de advogados que representa o autor individual, enquanto esta somente está conectada à representatividade, ou seja, interesse social.<sup>821</sup>

Aqui, cabe lembrar a primazia do ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne a este ponto, que prevê o instituto da ação cautelar objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, entre outros; com a finalidade preventiva, ou de se evitar o prejuízo, na iminência de risco deste. Ademais, Vianna *et al* comentam que

A ausência de um órgão que faça as vezes do Ministério Público na *class action* norte-americana tem trazido problemas para o acompanhamento dos processos que envolvem interesses coletivos naquele país. O que existe naquele país é a previsão de que partes independentes requeiram permissão para intervir no litígio.<sup>822</sup>

Cappelletti entende que as *class actions* e ações de interesse público requerem especialização, experiência e recursos em áreas específicas. Estes requisitos, segundo ele, são alcançados apenas por grupos permanentes, bem-sucedidos e bem assessorados. Em razão disso, o autor afirma que

Por muitas razões, grupos permanentes podem pressionar para obter decisões de governo com mais sucesso do que classes relativamente efêmeras. Esses problemas, juntamente com a impossibilidade de utilização da *class action* como solução para muitos dos prejuízos sofridos pelos consumidores, tomam a *class action* um meio imperfeito de vindicação dos interesses difusos.<sup>823</sup>

<sup>821</sup> Mancuso, R. C. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. Op. cit.*, p. 310.

<sup>822</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. *As ações coletivas e os novos lugares da democracia no Brasil*. Disponível em <<http://cedes.iuperj.br/PDF/publicacao/acoecoletivas.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2007. Os autores ainda afirmam que “Deborah Hensler *et al* citam como exemplo a participação de duas das organizações sem fim lucrativos mais atuantes, a *Public Citizen* e a *Trial Lawyers for Public Justice*, constatando que elas te esbarrado nos elevados custos necessários a esse tipo de trabalho, até porque não são ‘partes desinteressadas’. O *Public Citizen* é um grupo de advocacia que atua a área do direito do consumidor e a *Trial Lawyers for Public Justice* é sustentada por associados.”

<sup>823</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. p. 61.

Ao tratar do processo coletivo, Mancuso destaca que este representa uma tutela diferenciada, relativa aos megaconflitos, que demandam uma resposta judiciária una e isonômica, num tratamento de modo molecular, prevenindo sua atomização em diversas ações individuais.<sup>824</sup>

Importa mencionar que, segundo Dinamarco, a despeito do *status* adquirido pelas *class actions* nos Estados Unidos, alguns raros opositores as caracterizam como uma forma de *legalized blackmail* ou um *Frankenstein Monster*, isso em razão de abusos cometidos por advogados de ambos os lados, assim como pelo despreparo dos magistrados. Mas mesmo reconhecendo estes problemas, o autor defende que “os efeitos jurídico-econômico-sociais positivos desse tratamento coletivo são muito maiores que os possíveis pontos negativos eventualmente existentes.”<sup>825</sup>

Finalmente, entende-se que o modelo previsto no ordenamento jurídico brasileiro para a tutela dos interesses difusos, mesmo com as suas pontuais deficiências, continua sendo pertinente para a realidade sócio-política e cultural em que aqui se vive; e também, por se ter como referência a realização do direito material ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no *caput* do art. 225, da Constituição Federal.

De todas as informações elencadas anteriormente, destaca-se o fato de, no Brasil, a legitimação *ad causam* ser estabelecida legalmente, prevendo-se a possibilidade para que várias pessoas/instituições – sejam as legitimadas presumidas ou as associações - possam propor ações para a tutela do meio ambiente. Sugere-se, neste caso, que, em vez de se pretender um sistema de legitimação mais estreito ou rigoroso, deve-se, ao contrário, pensar em aferir ao cidadão - como já ocorre na Ação popular – a legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas.

A falta de condições (financeiras) dos legitimados para a propositura da ação coletiva deveria ser sanada por meio de serviços (e recursos) públicos estatais - seja por fundos destinados ao desenvolvimento de tais ações; isenções de custas de acordo com a condição social do autor; além de outros meios que promoveriam tratamento isonômico aos desiguais -, conferindo-se, dessa forma, a todos a possibilidade de defesa dos interesses difusos em juízo, e não somente àqueles que dispõem de recursos financeiros para tal.

Ademais, destaque-se que, nos Estados Unidos, país que segue há tempos a cartilha neoliberal, o individualismo tem primazia sobre o coletivismo de uma forma geral. Sobre esse ponto, Grinover comenta que

---

<sup>824</sup> Mancuso, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 529-30.

<sup>825</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 45-46.

[...], nos Estados Unidos da América, entre um processo coletivo, de eficácia igual a dos processos individuais, se dá preferência a estes. No Brasil, é diferente: a tendência é passar cada vez mais de um processo individualista para um processo social, acompanhando-se nesse ponto as tendências do direito material.<sup>826</sup>

Assim, conclui-se que o processo coletivo brasileiro, e especialmente suas ações coletivas estão aptas à efetiva proteção do meio ambiente, situação esta que poderia sofrer pontuais reformas como, *v.g.*, a extensão ao cidadão da legitimidade para a propositura daquelas, dentre outras que facilitem o acesso à justiça ambiental – por meio de procedimentos não burocráticos, visando-se sempre à facilitação do acesso ao Poder Judiciário, e à célere e efetiva resposta aos jurisdicionados, no âmbito dos direitos difusos.

### **3.4.1 A tutela coletiva de urgência como um importante fator para a eficácia das normas ambientais**

A Constituição Federal de 1988 trouxe várias mudanças que, de alguma forma, aumentaram o acesso à justiça, e promoveram certa modernização em termos processuais. Nesse sentido, a Carta Magna prevê, por exemplo, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV); além disso, o art. 134, que trata da Defensoria Pública, estabelece que esta deverá promover a orientação jurídica e a defesa dos necessitados em todos os graus.

Dentre as novidades trazidas pela atual Constituição - de importância para modernização e adequação do processo aos tempos atuais – pode-se citar a inclusão das associações como partes legítimas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (art. 5º, XXI); a impetração de Mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX).

Em termos de legitimidade processual, pode-se citar ainda a legitimação ao Ministério Público para promover, privativamente, a Ação penal pública, além de ser entidade legítima para a promoção do inquérito civil e a Ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do *meio ambiente* e de outros interesses difusos e coletivos, destacando-se que a legitimidade do órgão ministerial para as ações civis não impede a propositura de ações por terceiros, nas mesmas hipóteses.<sup>827</sup>

<sup>826</sup> Grinover, A. P. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Op. cit.*

<sup>827</sup> Art. 129, incisos I e II, e § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Além disso, a Carta de 1988 promoveu o aumento das possibilidades de cabimento da Ação popular, por meio da qual qualquer cidadão é parte legítima para a sua propositura, com o propósito de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao *meio ambiente* e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. 5º, LXXIII). Também inovou com a previsão do Mandado de injunção, concedido na falta de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI); além de prever as ações para o controle da constitucionalidade como, por exemplo, a Ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), e a Ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, § 4º), entre outras.

Neste caso, pergunta-se por que - mesmo com as citadas alterações constitucionais para a modernização processual, entre outras - a situação do Poder Judiciário ainda é difícil, caracterizada, na maioria das vezes, como uma situação de crise, pelo acúmulo de demandas, pela morosidade no julgamento das lides sob o ponto de vista dos jurisdicionados, enfim, pela pouca evolução ou até mesmo involução do sistema em face das tentativas legislativas de reforma?

A resposta talvez esteja no fato de que o sistema judiciário necessite de algumas revisões. A mudança na legislação e na postura dos operadores jurídicos precisa, por exemplo, atentar para fatos como a morosidade do sistema, e a urgência da tutela jurisdicional em muitos casos.

Na hipótese de riscos razoáveis com relação ao objeto da ação como, por exemplo, a iminência de ocorrência de dano ambiental, deve-se promover medidas de urgência a fim de se ter uma resposta para o problema, no mesmo nível em que a situação exige. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, estabelece o princípio da duração razoável do processo, incluído pela EC nº. 45, de 2004, cujo conteúdo confere a todos, no âmbito judicial e administrativo, o direito a uma razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A morosidade jurisdicional não pode representar um fardo para o jurisdicionado, já que a Constituição da República Federativa do Brasil lhe assegura o direito a uma tutela tempestiva e adequada. Sobre esse ponto, Dinamarco comenta que

A legislação, que às vezes causa inveja aos doutrinadores de outros países, não consegue produzir os efeitos desejados em razão da falta de recursos e de interesse político em investir no Judiciário. A justificativa para essa falta de vontade política

vai desde razões eleitoreiras dos políticos até ao fato de o Estado ser tradicionalmente o maior litigante em juízo, sendo normalmente de seu interesse a procrastinação das soluções judiciais.<sup>828</sup>

Apesar da falta da vontade política de se investir no Poder Judiciário, este pode e deve conferir efetividade aos mecanismos postos à disposição dos cidadãos para a consecução dos seus direitos. Nesse caso, a *tutela coletiva* apresenta-se como um instrumento eficaz contra a morosidade no âmbito processual. Ela ainda poderá ser exercida pelas vias judicial (tutela jurisdicional); e extrajudicial (tutela administrativa).

De acordo com Grinover, o processo transformou-se de individual em coletivo, inspirado no sistema das *class actions* da *common law*, estruturando-se, contudo, novas técnicas condizentes com realidade social e política. Para a autora, o direito processual brasileiro tornou-se mais pragmático, partindo dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos setenta, para a construção de um sistema de tutela dos interesses difusos mais operativo.<sup>829</sup>

O que se espera com o tratamento da demandas no âmbito coletivo é, além da economia processual, a promoção do desafogamento do Poder Judiciário, já que tutelas coletivas evitam o tratamento da mesma questão, que seriam analisadas individualmente e repetidamente pelos magistrados. Assim, pretende-se, com aquela tutela, que o processo adquirirá maior eficácia, já que será mais célere e menos dispendioso também.

Destaque-se que, atualmente, as demandas coletivas na defesa de direitos transindividuais, podem causar grandes prejuízos aos empresários que degradam o meio ambiente, por isso os potenciais degradadores devem temer tais demandas, já que estas podem significar a sua extinção do mundo econômico ou mercadológico representada, por exemplo, na falência em razão do pagamento de grandes indenizações. Além disso, Grinover assinala que, em razão dos processos coletivos, a sociedade brasileira tem exercido, de forma mais eficaz e articulada, seus direitos de cidadania, incluindo a defesa do meio ambiente em juízo.<sup>830</sup>

Assim, mais adequada, em determinados casos, do que a tutela coletiva – quando se trata de problemas de caráter ambiental, e demais interesses difusos – é a tutela coletiva de *urgência*. Nesta estão inseridas: medidas cautelares; provimentos liminares; e provimentos de natureza antecipatória. Tais elementos são de suma importância para a efetividade ou eficácia

---

<sup>828</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>829</sup> Grinover, A. P. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores - a Lei 7.347, de 24/07/85*. *Op. cit.*, p. 123.

<sup>830</sup> *Idem*, p. 128.



na processualística na defesa de direitos difusos. A tutela coletiva de urgência é caracterizada pela promoção de celeridade na prestação jurisdicional, na defesa de direitos de alta relevância social.

O processo cautelar, por exemplo, destina-se a proteger a eficácia de um outro processo (principal), destinando-se a salvaguardar a eficácia uma decisão em vista de uma pretensão judicial. Neste caso, a celeridade ou o tempo do processo é um importante elemento a ser considerado, trazendo-se, inclusive, equilíbrio de forças entre as partes litigantes. De acordo com Mezzomo, o tempo de duração do processo é

[...] fonte de prejuízo, e interfere, sem dúvida, na funcionalidade da tutela jurisdicional como mecanismo de regulação social, principalmente no que se refere sua aceitação e institucionalização pela sociedade como tal. A estrutura do processo civil ocidental de origem continental não se produziu com vistas a ensejar mecanismos céleres de tutela jurisdicional.<sup>831</sup>

O art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Trata-se de um direito fundamental previsto na Lei maior e, neste caso, as tutelas de urgência apresentam-se como instrumentos necessários à efetividade deste constitucional, nas hipóteses em que determinado direito for lesado, ou quando houver ameaça ou riscos de que a lesão ocorra.

Mesquita esclarece que o poder acautelatório, em sentido lato, abarca as antecipações de tutela e as tutelas provisórias em geral. O autor afirma que tal poder, firmado constitucionalmente, possui o objetivo de “[...] concretizar e harmonizar direitos e interesses igualmente relevantes em conflito. O fenômeno de tensão entre direitos fundamentais, colisão ou conflito de direitos, tangente ao binômio segurança-efetividade, só pode ser convenientemente solucionado se constarem formas tutelares de natureza provisória.”<sup>832</sup>

Assim, para se evitar lesão ou ameaça de lesão a direito, é necessário se ter em conta o tempo de duração da tutela jurisdicional, já que a morosidade dos julgamentos pode retirar a eficácia de alguns direitos ou pretensões, como, por exemplo, no caso de danos ambientais irreversíveis.

O transcurso de um processo pode levar à insegurança jurídica, já que o bem ou direito a ser protegido poderá perecer com o tempo. Neste caso, a celeridade processual aparece como um fator fundamental da eficácia do direito e da própria prestação jurisdicional,

<sup>831</sup> MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Limitações à antecipação de tutela e liminares cautelares*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 17 agosto 2005.

<sup>832</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 272-73.

já que, em muitos casos, se esta for tardia, haverá a perda do objeto a ser tutelado. Nesse sentido, existe sempre a necessidade de se adaptar ou adequar as formas de tutela de direitos às necessidades sociais, a fim de que se aplique ou se conceda a tutela jurisdicional em tempo hábil.

O ordenamento jurídico processual brasileiro apresenta as seguintes medidas de urgência, que poderão ser aplicadas à tutela coletiva ambiental: a) medida cautelar, destinada à conservação dos elementos do processo necessários, para assegurar a satisfação de uma pretensão que será (ou já está sendo) discutida em outro processo (principal), variando-se conforme se trate de cautela preparatória ou incidental (*incidenter tantum*); b) medida antecipatória, onde ocorre a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial; e c) medida liminar, que confere adiantamento da prestação jurisdicional postulada, seja qual for a natureza em que ela se apresente (acautelatória ou satisfativa).

Assim, dentre as tutelas coletivas de urgência, aplicadas às causas que tratam da tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estão as medidas cautelares, assunto que se tratará a seguir, e em linhas gerais.

### **3.4.2 Tutelas coletivas: As medidas cautelares**

As medidas cautelares em sede de demandas coletivas, dividem-se em: a) medidas cautelares do CPC; e b) medidas cautelares da Lei da Lei n° 7.347/85, que trata da Ação civil pública. São exemplos de medidas cautelares previstas no CPC: o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão, a produção antecipada de provas, dentre outras.

O art. 19, da Lei da ação civil pública estabelece a subsidiariedade do Código de Processo Civil, nas questões que envolvem direitos coletivos e difusos. O dispositivo em questão determina a aplicação do CPC à Ação civil pública, naquilo que não contrarie suas disposições.<sup>833</sup> Assim, conforme art. 4° da Lei n° 7.347/85, a ação cautelar poderá ser ajuizada para cumprir os fins da referida lei, e, inclusive, para evitar o dano ao meio ambiente.

O Livro III, do Código de Processo Civil, cuida do Processo Cautelar. O assunto é disciplinado do art. 796 ao art. 889. Trata-se de um processo de natureza acessória, ou seja, está ligado ao processo principal (art. 808, III, CPC). Conforme art. 796, daquele Código, o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é

---

<sup>833</sup> O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), em seu art. 90, dispõe que na defesa dos interesses difusos, entre outros previstos no Título III do referido Código, aplicam-se as normas do CPC e a Lei da ação civil pública, inclusive quanto ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

sempre dependente, ou seja, o procedimento pode ser preparatório ou incidental, mas será sempre pensado aos autos principais.

A instrumentalidade do processo cautelar está ligada à idéia de que o mesmo serve à tutela do processo, ao contrário do processo principal que serve à tutela do processo material. A tutela cautelar serve ao processo principal de modo a conferir-lhe eficácia, já que o direito poderia se perder pela intempestividade da prestação jurisdicional. Sobre esse ponto, Leite assinala que “caso haja necessidade de se propor uma ação cautelar que não esteja dentro dos procedimentos cautelares específicos (art. 813 a 889) pode o interessado ingressar com uma ação cautelar inominada desde que presentes as mesmas circunstâncias e pressupostos das demais cautelares em geral.”<sup>834</sup>

Importante ressaltar que o magistrado não está estritamente atrelado ao pedido da parte, pois o propósito é a garantia da eficácia da prestação jurisdicional, e não de um direito material tutelável. Daí a característica da fungibilidade do processo cautelar. Neste caso, o juiz poderá, por exemplo, conceder a medida cautelar que entender mais adequada ao caso que lhe foi apresentado, ainda que a medida não coincida com a postulada pela parte.

Na opinião de Dantas, mesmo que se intente uma ação cautelar ambiental de caráter satisfativo, embora haja um equívoco, ela não deve ser extinta, de plano, sem julgamento do mérito, por ausência de interesse processual, dada a inadequação da medida (art. 267, VI, do CPC). Isso porque o interesse em litígio é o meio ambiente, que representa um direito fundamental da coletividade. Ademais, segundo o autor, não se deve admitir que a forma, ainda que indevida, seja prestigiada em detrimento do conteúdo do direito que se busca tutelar, já que o § 7º, do art. 273 do CPC aplica-se de modo a fazer com que o processo cumpra sua finalidade principal, ou seja, instrumentalizar a realização do direito material.<sup>835</sup>

Geralmente, são atribuídas as seguintes características ao processo cautelar: economia, acessoriedade, instrumentalidade, preventividade, cognição não exauriente autonomia, a provisoriedade;<sup>836</sup> a instrumentalidade,<sup>837</sup> a sumariedade de cognição e revogabilidade.<sup>838</sup> Além disso, para a propositura da ação cautelar é necessário que sejam cumpridas, além das condições da ação - estabelecidas nos arts. 3º a 6º do CPC (interesse e

---

<sup>834</sup> LEITE, Gisele. *Considerações gerais sobre o processo cautelar*. Disponível em <www.mundojurídico.adv.br>. Acesso em: 17 agosto 2005.

<sup>835</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela de urgência nas lides ambientais: provimentos liminares, cautelares e antecipatórios nas ações coletivas que versam sobre o meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 27-28.

<sup>836</sup> Art. 806; 808, I e II, do Código de Processo Civil.

<sup>837</sup> Art. 796, do Código de Processo Civil.

<sup>838</sup> Art. 807, do Código de Processo Civil.

legitimidade para agir etc.), - também os requisitos específicos inerentes à tutela cautelar, ou seja: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Mesquita esclarece que

*Periculum in mora* significa o risco iminente de que, ocorrendo certos fatos, impedida estará a efetividade da prestação jurisdicional. Em outros termos, traduz-se na probabilidade da ocorrência de dano a uma das partes em atual ou futura ação principal, como resultado da morosidade no seu processamento ou julgamento.<sup>839</sup>

Deste modo, a medida cautelar tem por escopo a prevenção de uma situação de risco ou perigo, por isso fala-se em preventividade. Se o risco deixar de existir poderá haver a revogação ou modificação da medida.

O processo cautelar ainda é caracterizado como autônomo, em função do seu objetivo, ou seja, trata-se de um procedimento que, mesmo que tenha forte correspondência com o provimento final postulado no processo principal, mantém sua independência e função própria. A autonomia diz respeito, portanto, às normas e estrutura específica do processo cautelar. Quanto à sumariedade, esta, sob o aspecto formal ou material, é indispensável para que um processo cautelar cumpra com o seu objetivo de celeridade e eficácia na realização da tutela pretendida. Assim, aquele processo apresenta-se como um processo sumário, apto a dar respostas às situações emergenciais.

Com relação ainda às medidas cautelares, discute-se se estas acautelariam um direito processual ou material. Neste caso, Mezzomo comenta que a idéia de um direito material de cautela tem sido veemente negada pela maioria da doutrina, apontando o doutrinador e processualista Ovídio Baptista da Silva como uma exceção, no que tange ao entendimento doutrinário majoritário.

De acordo com Mezzomo, para a grande maioria dos doutrinadores não existe um direito material de cautela, pois a medida cautelar estaria ligada ao resultado do processo principal. Haveria uma dicotomia entre “execução para a segurança” e “segurança para a execução,” já tornada célebre. Contudo, o autor entende que mesmo que seja inquestionável a vocação do processo cautelar a operar somente no campo do direito processual, ele gera efeitos no direito material, por via reflexa.<sup>840</sup>

Aqueles que defendem um direito material ou substancial de cautela entendem que existe um caráter satisfativo na medida, com relação à situação de fato, ao perigo que é acautelado. Nesse sentido, independentemente do resultado do processo principal, um interesse de direito material seria satisfeito.

<sup>839</sup> Mesquita, *op. cit.*, p. 305.

<sup>840</sup> Mezzomo, M. C. *Limitações à antecipação de tutela e liminares cautelares. Op. cit.*

De fato, ao se evitar um dano ambiental, conforme estabelece o art. 4º da Lei da ação civil pública,<sup>841</sup> algumas vezes ter-se-ia a satisfação do direito material. Este fato representaria uma exceção à regra geral das medidas cautelares, que normalmente relacionam-se a um processo principal. Assim, quando no caso da tutela coletiva para a proteção do meio ambiente, na hipótese de se evitar um dano, ou seja, numa atuação preventiva, a medida cautelar finda por adquirir caráter satisfativo.

Nestes termos, nas questões que envolvem o meio ambiente, muitas vezes, o resultado da medida acautelatória poderá confundir-se, na prática, com a provisão final, já que - depois de solucionado o problema em nível de processo cautelar, e por motivo de urgência da tutela - o processo principal corre o risco de tornar-se inócuo em razão dos reflexos ou efeitos indiretos provocados por aquela medida.

No Livro III - que trata do Processo Cautelar, Título Único das medidas cautelares do CPC - está estabelecido no art. 798 que

Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Já o art. 799 reza que “no caso do artigo anterior, poderá o juiz, *para evitar o dano*, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.”<sup>842</sup> Aqui, o juiz tem a oportunidade de realizar – no âmbito da tutela do meio ambiente - os princípios da prevenção/precaução.

Todavia, a medida cautelar não poderá substituir outros meios processuais (processo de cognição, processo de execução ou tutela antecipatória) adequados a conferir caráter satisfativo à decisão, sob pena de indeferimento da inicial, por motivo de pedido impossível, levando à extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, I, c/c art. 295, § único, III, CPC). Isso porque medidas cautelares possuem caráter instrumental.

De outro vértice, pelo princípio da fungibilidade do processo cautelar - se o autor requerer providência de natureza cautelar *a título de antecipação de tutela*, o magistrado poderá, presentes os pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado (art. 273, § 7º, CPC). Lembrando-se que, pelo conteúdo do art. 797, do CPC, apenas em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, o juiz poderá determinar medidas

---

<sup>841</sup> O art. 4º, da Lei da ação civil pública estabelece o seguinte: “Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, *evitar o dano ao meio ambiente*, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.” Grifo nosso.

<sup>842</sup> Grifo nosso.

cautelares *inaudita altera parte*. E este dispositivo combinado com os artigos 11 e 12 da Lei da ação civil pública autorizam a cautelar, sem a oitiva da outra parte.

A sentença proferida em processo cautelar não faz coisa julgada material, já que se trata de um procedimento que não visa atingir diretamente o mérito da ação principal, além de poder ser modificada ou revogada a qualquer tempo.<sup>843</sup> Normalmente, na cognição sumária não ocorre a coisa julgada, em função de fundar-se em juízo de plausividade, em tutela provisória.

No caso de medidas cautelares não há possibilidade de definitividade, pois a medida está atrelada a um processo principal, onde será proferida a decisão definitiva. A própria finalidade do processo é provisória, já que se presta a acautelar um perigo de dano, que adviria de um julgamento moroso, nos moldes do processo de conhecimento do Código de Processo Civil. Contudo, reafirma-se que, em determinados casos – mesmo diante da provisoriedade do processo cautelar - na prática, este gera efeitos no direito material, por via reflexa.

Por fim, dentro das tutelas coletivas de urgência ainda há a possibilidade de antecipação da tutela, instituto processual previsto no art. 273 do Código de Processo Civil, que se tratará a seguir.

### **3.4.3 Tutelas coletivas: A tutela antecipatória**

O art. 273 do Código de Processo Civil estabelece o instituto da tutela antecipatória. Esta está prevista no Título VII que trata “do Processo e do Procedimento”; no Capítulo das Disposições Gerais, daquele diploma legal; e este tipo de tutela também é aplicável às ações coletivas.

Nestes termos, o art. 273, do CPC, estabelece que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação; e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I); ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

---

<sup>843</sup> Contudo, há uma exceção com relação à coisa julgada prevista no art. 810, do CPC, relativa a casos de prescrição e decadência. Diz o referido artigo que: “O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.”

A tutela antecipatória poderá ser concedida tanto para o autor da demanda, quanto para o réu. Neste ponto, Dinamarco afirma que “[...], não há qualquer óbice à concessão de tutela de urgência ao réu da ação civil pública (como em qualquer outro processo), operando-se a prestação da tutela jurisdicional para ambas as partes.”<sup>844</sup> Quanto ao juízo de verossimilhança ou plausibilidade de existência do direito alegado, Mesquita assinala que este

[...] preside todo o raciocínio do juiz, que deverá aguçar sua sensibilidade para avaliar a pretensão a ser deduzida ou já deduzida em processo principal, sob o elemento probatório trazido à cautelar, e, assim, constatar se é fundada a pretensão principal e há possibilidade de êxito na sentença final, após cognição exauriente.<sup>845</sup>

Com relação à antecipação da tutela, Borges comenta que

Trata-se de uma inovação corajosa, em que o legislador assumiu o risco de permitir que o juiz profira decisão com base em prova não exauriente. O conceito de prova não exauriente (*fumus boni iuris* ou prova *quantum satis*) é correlato ao de cognição sumária ou superficial. Nestas hipóteses, o juiz tem uma forte impressão de que o autor tem razão mas não certeza absoluta, como ocorre na cognição exauriente.<sup>846</sup>

A respeito da prova inequívoca a ser apresentada no pedido de antecipação da tutela, Mezzomo destaca a impossibilidade de sua existência em termos absolutos, antes do contraditório. Neste caso, o autor afirma que

Deve se entender por preenchido este requisito quando a prova juntada permite, *prima facie*, antever significativa possibilidade de existência do fato probando. Tal só ocorre, via de regra, com fatos que se presumem existentes, que dispensam prova, ou que se encontram provados por via documental, ou por prévia justificação judicial.<sup>847</sup>

Ressalte-se que a tutela antecipatória apresenta-se como uma decisão interlocutória, e não uma sentença definitiva. Isso porque ela não termina o processo, e sim antecipa os efeitos da sentença de mérito com caráter satisfativo. Neste caso, não há o julgamento antecipado da lide, já que a tutela em questão é uma medida provisória, que visa à garantia do direito do autor.

O inciso I, do art. 273 do CPC requer a configuração do *periculum in mora*, ou seja, e existência de um risco para o bem ou direito a ser protegido, que pode ser realizado em função do decurso processual. Assim, num País onde os processos tramitam por vários anos, se houver possibilidade de o dano ocorrer durante este período, dever-se-á conceder, em

<sup>844</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. *Op. cit.*, p. 317-18.

<sup>845</sup> Mesquita, *op. cit.*, p. 202.

<sup>846</sup> BORGES, Flávio Buonaduce. *Tutelas cautelares e tutelas antecipatórias*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto145.htm>>. Acesso em: 17 agosto 2005.

<sup>847</sup> Mezzomo, M. C. *Limitações à antecipação de tutela e liminares cautelares*. *Op. cit.*

várias oportunidades, a antecipação da tutela.

Quanto à qualificação do dano (de difícil reparação ou irreparável), este problema deve ser solucionado pelo magistrado no âmbito da sua discricionariedade e convencimento, sempre se baseando nas provas apresentadas para a composição do fundamento da sua decisão, pois o § 1º, do art. 237, do Código de Processo Civil estabelece que a decisão de antecipação de tutela concedida pelo juiz deverá ser fundamentada, ou seja, deve o magistrado expor as razões que o levaram à determinada decisão.

Dinamarco destaca a reversibilidade dos efeitos da providência, como um dos principais requisitos previstos para a concessão de tutela antecipada. Segundo o autor, não se pode realizar atos irreversíveis com base numa decisão eminentemente provisória, justamente porque não haveria como, depois, dar efetividade ao julgado posterior que venha a eventualmente julgar a demanda improcedente.<sup>848</sup>

Nos termos do § 2º, do art. 273, a tutela não poderá ser antecipada, quando o provimento correr o perigo de irreversibilidade. Neste caso, Mezzomo argumenta que “aqui surge tormentoso problema, pois a aplicação direta deste dispositivo sem dúvida pode ser fonte de inúmeras iniquidades. [...] a aplicação da vedação de antecipação de efeitos irreversíveis não é absoluta quando em voga direitos fundamentais, como a vida e a saúde, dentre outros.”<sup>849</sup> Assim, a exigência da irreversibilidade estabelecida no dispositivo em questão não pode ser interpretada apenas no seu aspecto literal e gramatical, desconectado das demais normas do ordenamento jurídico - já que, nas questões ambientais, por exemplo, este tipo de tutela perderia muitas vezes a eficácia pretendida.

Por outro lado, esclarece-se que a concessão da tutela antecipada pode representar grandes prejuízos ao requerido. Tais prejuízos deverão ser ressarcidos *a posteriori*, caso seja comprovado que a conduta apresentada como ilícita pelo autor, na realidade era lícita. Neste caso, aplica-se o art. 811, I, do CPC, que dispõe que o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida, se a sentença no processo principal lhe for desfavorável.

Importante esclarecer que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. Além disso, concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o julgamento final.<sup>850,851</sup>

---

<sup>848</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. Op. cit., p. 315.

<sup>849</sup> Mezzomo, M. C. *Limitações à antecipação de tutela e liminares cautelares*. Op. cit.

<sup>850</sup> Art. 237 §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil.



Tratando da diferença fundamental entre tutela cautelar e tutela antecipatória, Dinamarco esclarece que a primeira representa apenas uma *medida de apoio* a evitar o perecimento de um direito, enquanto a segunda consiste no *próprio provimento* postulado (ou algum de seus efeitos), a título satisfativo, e que provavelmente seria obtido no fim do processo.<sup>852</sup>

Ademais, a tutela antecipatória só poderá ser intentada no curso da ação principal, enquanto que a medida cautelar é efetivada em ação separada, ajuizada antes ou durante a ação principal. Outra diferença que pode ser apontada reside no fato de que, na antecipação da tutela, é imprescindível o pedido da parte, enquanto que na medida cautelar, em certos casos, o juiz poderá tomar a iniciativa.

Em regra, a tutela antecipada deverá vigorar até o trânsito em julgado da sentença que julgar o litígio, mas se no decorrer do processo, após realização de perícia, ou comprovação da parte contrária de que houve um equívoco com relação ao que alegara o demandante da tutela, haverá, neste caso, sentença de improcedência do pedido, que estará sujeita a recurso de apelação, que - apesar de normalmente dotado de efeito devolutivo (art. 520, do CPC) - nesse caso, poderá ser concedido efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte, como estabelece o art. 14, da Lei da ação civil pública.

O *caput* do art. 461, do CPC estabelece que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Conforme Macedo, a reforma do artigo em questão - e os meios coercitivos que o seu § 5º - autoriza a serem aplicados até de ofício pelo juiz, correções, insuficiências e omissões da lei de regência da Ação civil pública, dando maior efetividade à ação por ela instituída.<sup>853</sup>

Tendo em vista o art. 461, § 5º do CPC,<sup>854</sup> deferida a antecipação de tutela que determina a paralisação de atividade industrial poluidora, por exemplo, o juiz pode determinar desde logo o cumprimento da obrigação de não fazer, sob pena de multa e de adoção de

---

<sup>851</sup> Conforme § 7º, do art. 273 do CPC, “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

<sup>852</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública. Op. cit.*, p. 313.

<sup>853</sup> Macedo, *op. cit.*, p. 77.

<sup>854</sup> Art. 461, § 5º do CPC: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

providências, tais como a interdição pura e simples da fábrica, sem prejuízo das sanções civis, criminais e processuais.<sup>855</sup>

Sobre esse ponto, Grinover comenta que se instaurou, no art. 84, do CDC um novo regime de tutela das obrigações específicas, depois estendido ao processo comum pelo art. 461 do CPC, em que a reparação monetária é a *ultima ratio*, e até mesmo a *astreinte* pode ser substituída por ordens do juiz, com vistas a um resultado prático equivalente ao adimplemento da prestação. Neste caso, a autora esclarece que o juiz pode transformar obrigações negativas (como, por exemplo, a de não poluir), em obrigações positivas (como a de instalar um filtro) que, em caso de inobservância, podem levar a outros mandamentos, como, por exemplo, a interdição da atividade.<sup>856</sup>

Nos casos de impossibilidade de tutela específica ou obtenção de resultado prático correspondente, ou ainda, a requerimento do autor, a obrigação se converterá em perdas e danos,<sup>857</sup> lembrando que esta indenização dar-se-á sem prejuízo da multa prevista no art. 287 do Código de Processo Civil.

Destaque-se que, de acordo com Dantas, a antecipação da tutela na defesa do meio ambiente poderá se dar em sede de Ação civil pública; de Ação popular; de Ação de Mandado de segurança coletivo; e de Ação de improbidade administrativa (Lei nº. 8.429/92). Além disso, o autor comenta que há as modalidades tradicionais, provenientes da aplicação subsidiária do CPC (arts. 273 e 461, § 3º); e ainda a possível cumulação de pedidos estabelecida na Lei de improbidade administrativa que previu duas outras espécies de provimentos de urgência, quais sejam, a indisponibilidade/seqüestro de bens (arts. 7º e 16), além do afastamento temporário do agente público (art. 20, parágrafo único).<sup>858</sup>

Assim, a tutela antecipada concedida em ações coletivas em defesa do direito ao meio ambiente, apresenta-se como instrumento de grande valor, à disposição das partes e dos magistrados para tornar eficaz aquele direito fundamental, representando, ainda, um dos institutos processuais mais modernos e eficientes na defesa dos direitos ambientais. Mas, além das medidas cautelares e antecipações da tutela, importa ainda esclarecer que – dentro deste universo de tutelas coletivas de urgência – existe as chamadas medidas liminares, assunto que se verá no próximo subitem.

---

<sup>855</sup> Ver: art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

<sup>856</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 121-28, agosto, 2000. p. 127.

<sup>857</sup> Art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil.

<sup>858</sup> Dantas, M. B. *Tutela de urgência nas lides ambientais: provimentos liminares, cautelares e antecipatórias nas ações coletivas que versam sobre o meio ambiente*. *Op. cit.*, p. 77-88.

### 3.4.4 Medidas liminares

O art. 12 da Lei da ação civil pública estabelece que “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia,” medida esta que poderá ser concedida nos próprios autos da ação. A concessão de mandado liminar poderá se dar tanto em procedimentos cautelares (art. 796 e s., CPC), quanto em casos de antecipação de tutela (art. 273, CPC). Trata-se de mecanismos que visam garantir a plena efetividade do processo, optando-se pela prevenção mediante a concessão de medidas liminares, em atendimento a situações urgentes.

Também a norma contida no § 3º, do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor - aplicável à Ação civil pública ambiental *ex vi* do disposto no art. 21 da Lei nº. 7.347/1985 - prevê a possibilidade expressa de concessão da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, liminarmente, desde que preenchidos os pressupostos da relevância da fundamentação, e do receio de ineficácia do provimento se concedido somente a final.

A medida liminar poderá ser decretada *ex officio* pelo juiz em sede de processo cautelar, pois neste processo ele se encontra investido do *poder geral de cautela*, podendo, dessa forma, determinar medidas acautelatórias independentemente de pedido da parte, conforme o estabelecido no art. 797, do CPC. Mas, neste caso, é importante dizer que aquele poder somente deverá ser utilizado quando se tratar de casos excepcionais. Por outro lado, na hipótese de tutela antecipada, por força do *caput* do art. 273, do CPC, a concessão de medidas liminares depende do requerimento da parte.

Assim, as medidas liminares podem ser antecipatórias de efeitos da tutela final, ou medidas liminares em processo cautelar. A primeira está estabelecida no art. 273, I, do CPC. Neste caso, as medidas liminares antecipatórias representam o próprio objeto do litígio, e não a cautela do objeto principal mediante processo autônomo. A liminar cautelar está prevista, entre outras, na regra do art. 84, § 5º, da Lei nº. 8.078/90.

De acordo com Borges, a tutela antecipatória, apesar de suas características de cautelaridade, pode ser concedida em qualquer procedimento de cognição, mediante medida liminar, sem necessidade de observância do rito das medidas cautelares. As liminares antecipatórias de mérito podem satisfazer a pretensão de direito material postulada, o que é impossível no processo cautelar.<sup>859</sup> Nestes termos, Dantas afirma que

As medidas liminares de natureza antecipatória, por sua vez, visam, exatamente, à

<sup>859</sup> Borges, F. B. *Tutelas cautelares e tutelas antecipatórias. Op. cit.*

concessão, *initio litis*, dos efeitos do provimento final postulado, exaurindo, de plano, o objeto da demanda, eis que entregam à parte, ainda que em nível de cognição sumária e em caráter provisório, o bem da vida que se veio a juízo buscar.<sup>860</sup>

Assim, com a liminar concedida no processo principal antecipa-se o direito material em si. De outro vértice, na medida liminar em processo cautelar, ocorre a antecipação dos efeitos da sentença cautelar, ou seja, a pretensão de ordem processual asseguradora do resultado prático da lide principal (antecipação de cautela). As medidas liminares cautelares representam uma cognição sumária em proteção da aparência, isto porque o processo cautelar baseia-se na alegação verossímil, que não requer prova plena.<sup>861</sup>

O juiz, com base nas regras do Código de Processo Civil, poderá conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citando o réu, se o fundamento da demanda for considerado relevante e houver justificado receio de ineficácia do provimento final. A liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada do magistrado.<sup>862,863</sup>

Silva entende que a tutela de urgência *antecipada* (seja ela específica ou a do art. 273, do CPC) implica em satisfação do próprio direito material, ou seja, um fazer ou não fazer com o propósito de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com base nos arts. 11 e 12, da Lei nº. 7.347/85. O autor destaca que, neste último dispositivo está prevista medida liminar, enquanto que a tutela de urgência *cautelar* possui a finalidade de viabilizar um direito a ser instrumentalizado num processo *principal*.<sup>864</sup>

O art. 12, da Lei nº 7.347/85, estabelece que o juiz poderá conceder medida liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a recurso (agravo).<sup>865</sup> Além disso,

<sup>860</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela de urgência e demandas coletivas*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de *et al.* *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 83.

<sup>861</sup> Segundo Mezzomo, “[...] a praxe em nosso judiciário é a de apensar o processo cautelar ao principal e sentenciá-los de forma conjunta, de modo que quando falamos em premência, estamos nos referindo, na verdade, ao tempo de tramitação de um processo ordinário cuja eficácia se visa proteger pelo processo cautelar.” In: Mezzomo, M. C. *Limitações à antecipação de tutela e liminares cautelares*. *Op. cit.*

<sup>862</sup> Art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil.

<sup>863</sup> A Lei nº. 10.444/02 acrescentou o art. 461-A no CPC, estabelecendo que “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.” O descumprimento da obrigação no prazo estabelecido pelo juiz, caberá a expedição, em favor do credor de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel (art. 461-A § 2º). Ainda de acordo com o § 3º, do dispositivo em questão, aplica-se à ação que tenha por objeto a entrega de coisa o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461 do CPC.

<sup>864</sup> SILVA, Bruno Campos. As tutelas de urgência no âmbito da ação civil pública ambiental: tutelas antecipadas e cautelar. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 5, n. 26, p. 3689-712. jul./ago., 2004. p. 3709-10.

<sup>865</sup> O recurso mencionado no art. 12 da Lei nº 7.347/85 está regulado no Código de Processo Civil, nos artigos 522 e 523. Vale esclarecer que o agravo não será conhecido se a parte não requerer expressamente a sua apreciação pelo Tribunal. O requerimento deverá ser feito nas razões ou na resposta da apelação (art. 523, § 1º, CPC).

esclarece-se que, de acordo com art. 14, da referida Lei, o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte. Com relação à multa a ser cominada liminarmente, esta só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.<sup>866</sup> Todavia o § 1º, do art. 12, da Lei da ação civil pública determina que

A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

A Lei nº. 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público amplia, em seu art. 4º, o rol de legitimados para requerer a suspensão de execução de liminar, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, incluindo também o Ministério Público como possível legitimado para esse fim. O pressuposto fundamental para a concessão da suspensão é a preservação do interesse público, consubstanciado no risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Ocorre que o pedido de suspensão, que deveria ser medida excepcional, não o é na prática. E esse fato poderá trazer graves conseqüências quando o bem jurídico em litígio se tratar de um interesse difuso ou o meio ambiente.

Cita-se, por exemplo, o caso de um processo em que se ajuíze Ação civil pública, postulando declaração de nulidade de processo de licenciamento ambiental de usina hidrelétrica; em processo que seja deferida liminar que suspenda os efeitos da autorização do IBAMA para a supressão de vegetação, em região que, se desmatada, comprovadamente dará condições a cheias ou inundações. Nestes casos, uma suspensão da execução de medida liminar certamente traria riscos irreversíveis ao meio ambiente.

Sobre esse assunto, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Agravo Regimental, processo nº. 9604609963, cuja decisão foi prolatada em 17/12/1996, traz a seguinte ementa:

Ementa: Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Defesa ao meio ambiente. Medida liminar. Deferimento parcial. Efeito suspensivo. 1. Suspende-se em parte a medida liminar deferida em ação civil pública para possibilitar o prosseguimento da obra de construção que não esteja abrangida na faixa de 30 metros do rio, consoante estabelece a legislação ambiental. 2. Hipótese em que a efetivação da medida dependerá de prévia vistoria técnica para apuração da condição autorizadora. 3. Agravo Regimental parcialmente provido.

---

<sup>866</sup> Art. 12, § 2º, da Lei nº 7.347/85.

Neste caso, houve, no julgamento de agravo regimental, a determinação da suspensão, em parte, de medida liminar deferida em Ação civil pública, para possibilitar o prosseguimento da obra, ou seja, a construção de posto de combustível. Decidiu-se que a efetivação da medida dependeria de prévia vistoria técnica para apuração da condição autorizadora, já que se alega a proximidade da obra com região de mangue e zona costeira. Deste modo, houve a concessão do efeito suspensivo ao recurso, a fim de que se realize a vistoria com o propósito de se averiguar a proximidade (distância) da obra com relação às áreas protegidas.

Destaque-se que - nos casos relativos ao meio ambiente – os fatores de urgência e precaução correm o grave risco de perecer, e a medida liminar - que representa importantíssimo instrumento para a defesa daquele direito difuso – poderá perder a sua eficácia em razão do disposto no § 1º, do art. 12, da Lei da ação civil pública. Seria diferente se a suspensão em questão fosse considerada pelos julgadores como medida excepcionalíssima, sendo concedida com fulcro no princípio da razoabilidade, e com extensa fundamentação.

Ademais, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Deste modo, o magistrado deverá estar atento às peculiaridades do caso concreto, a fim de que não ocorra a lesão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No que tange aos pressupostos da concessão da liminar, normalmente entende-se que estes seriam os mesmos do Mandado de segurança e da Ação popular. Importante esclarecer que a Lei da ação civil pública permite o mandado liminar tanto em ação cautelar, quanto em ação principal. Além disso, a concessão de medida liminar em ação coletiva poderá ser revogada no momento em que desapareçam os pressupostos que motivaram a sua concessão.

Finalmente, a prestação jurisdicional no Brasil obteve vários avanços, sobretudo em termos processuais, acompanhando, de alguma forma, as novas circunstâncias sociais, e conferindo soluções aos novos problemas vivenciados pela atual sociedade de massa. A importância da tutela antecipatória, dos provimentos liminares e das ações cautelares se traduz na eficiência dos seus respectivos provimentos, em casos e circunstâncias especiais, que provavelmente não teriam efetividade se fossem realizados por meio de procedimentos ordinários ou tradicionais.

As novas formas de proteção ou tutela dos direitos metaindividuais e, sobretudo dos direitos difusos, foram criadas, e até mesmo inovadas pelo legislador brasileiro, para que,

entre outros, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possa ser garantido, ou que adquira verdadeira eficácia no plano dos fatos. Lembrando, como foi dito anteriormente, que o processo tradicional fundado em conceitos clássicos de direito privado, já não atendiam aos anseios sócio-ambientais modernos.

Assim, atualmente têm-se a Ação civil pública, as normas do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor, entre outras, que tratam especificamente da defesa dos direitos coletivos e difusos, com medidas de urgência adequadas para a defesa daqueles direitos, dependendo da situação de fato, ou da análise do caso concreto.<sup>867</sup>

Por derradeiro, após se estudar vários instrumentos e temas que cercam a eficácia das normas jurídicas de caráter ambiental – tratar-se-á na próxima seção da eficácia do meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil; identificando-se alguns aspectos da crise do sistema jurídico brasileiro, procurando-se apontar algumas alternativas para o problema - destacando-se, sobretudo, a necessidade de novos parâmetros hermenêuticos - e, por último, far-se-á uma breve análise sobre a possibilidade da adoção da súmula vinculante como opção potencializadora da eficácia das normas relativas à proteção do meio ambiente.

---

<sup>867</sup> Além disso, em sede de legitimidade, destaque-se a atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente; mencionando-se, ainda, importantes avanços em termos processuais como, por exemplo, quanto à exigência de tutela específica, prevista no art. 11 da LACP, que teve seu conteúdo adotado e aprimorado pelo art. 84, do CDC; e pelo próprio CPC, em seu art. 461.

## 4 A EFICÁCIA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO BRASIL

### 4.1 Poder Judiciário: Crise no sistema jurídico brasileiro?

O Estado brasileiro estabelece constitucionalmente o princípio da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A este último cabe a função jurisdicional<sup>868</sup> pública (estatal) para a resolução de conflitos sociais. Nestes termos, o indivíduo que procura por justiça, deve invocar aquela prestação valendo-se do seu direito de ação previsto na Constituição Federal.

Os órgãos que compõem o sistema judiciário do País desempenham a função jurisdicional, administrando a justiça pública como atividade essencial da sociedade, seguindo a tradição constitucional norte-americana da jurisdição una, onde incumbe ao Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de direito. Assim, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, conferindo-se a este Poder a função de exercer a jurisdição, competindo a ele resolver as lides ou conflitos sociais, aplicando-se o direito ao caso concreto.

No entanto, fazer justiça não se confunde com a mera aplicação da lei. Ferreira Filho esclarece que pela doutrina clássica, o juiz está adstrito à aplicação da lei, mas que a Constituição Federal de 1988 alargou a função jurisdicional, no sentido de que esta passou a observar não apenas o estrito cumprimento da lei (princípio da legalidade), mas também aqueles princípios que estão previstos no *caput* do art. 37, ou seja: os da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, o Poder Judiciário exerce, através dos seus órgãos (magistrados e tribunais), a função jurisdicional, prestando um serviço público à sociedade na solução de litígios, que devem ser apreciados e julgados conforme a lei. No exercício daquela função, os magistrados deverão agir, sobretudo, com imparcialidade e independência, com a finalidade de aplicar o Direito e conferir aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional conforme o princípio da legalidade, e em respeito aos princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

---

<sup>868</sup> Para Ferreira Filho, função jurisdicional é a função de fazer justiça. In: Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 241.



Contudo, apesar das garantias de independência e tantas outras prerrogativas dos magistrados previstas constitucionalmente, o sistema jurídico brasileiro passa, atualmente, por sérias dificuldades. O problema certamente não se resume a um só fator, mas a vários pontos que precisam ser densamente analisados e superados, a fim de que se promova as alterações necessárias no referido sistema.

Partindo-se do problema da ineficácia (social) das normas jurídicas, ou seja, da sua não realização no plano dos fatos e, conseqüentemente, da ineficiência do próprio sistema jurídico, ver-se-á que alguns fatores se destacam por contribuir, de alguma forma, para a eficácia ou ineficácia de tais normas e, dentre elas, das normas relativas ao meio ambiente.

No que diz respeito à eficácia destas últimas, importa ressaltar que há uma grande diferença entre o que está estabelecido nos textos que tratam das questões ambientais, e a respectiva prática jurisdicional ou política. Existe uma relutância, por parte dos operadores jurídicos, na aplicação de muitas diretrizes aos casos concretos. Um exemplo é o próprio descumprimento da Agenda 21 que, segundo Vieira, apesar dos avanços ocorridos na área ambiental, no Brasil, a dinâmica do sistema de gestão ambiental ainda é marcada por um *déficit* de conhecimento científico inter e transdisciplinar, de eficiência operacional nos mais variados níveis de ações do governo; e também um déficit de participação popular efetiva nos âmbitos de decisão.<sup>869</sup>

Como observado anteriormente, o grande problema acerca da questão ambiental não está localizado propriamente nas normas jurídicas em si, e sim na sua efetiva aplicação no plano dos fatos. Viu-se, também, que vários fatores externos como, *v.g.*, a cultura, a educação, fatores políticos, econômicos etc., interagindo mutuamente, influenciam o Direito, numa relação de reciprocidade, e esta interação é que determinará o grau de eficácia das normas jurídicas.

Tais fatores são chamados por Almeida de *condições extranormativas*. Estas influenciariam a eficácia dos meios legais já existentes para coibir violações relativas às normas ambientais. E, segundo o autor, “neste momento, o Direito Socioambiental choca-se frontalmente com o racionalismo neoliberal e sua lógica do mercado, sendo que este passa a manipular o significado dos termos eficácia e legitimidade deste ramo do Direito a fim de moldá-lo segundo as exigências do mercado.”<sup>870</sup>

---

<sup>869</sup> VIEIRA, Paulo Freire. Apresentação. In: Leite, J. R. M.; Ayala, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. *Op. cit.*, p. XX.

<sup>870</sup> ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *Direito socioambiental: o significado da eficácia e da legitimidade*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 119.

Importante ressaltar que o Direito, incluindo aqui a função judicial, apresenta o seu caráter político que reflete, por conseguinte, na decisão dos julgadores por via de interpretação, e de sua aplicação. Não existe, de fato, um isolamento definitivo entre o que é jurídico e o que é político, ambos os campos influenciam-se mutuamente. Neste sentido, Cunha comenta que, as soluções jurídicas têm por base critérios políticos, que envolvem a pressão de grupos sociais, e econômicos, não sendo exclusivamente caracterizadas por critérios de racionalidade e lógica.<sup>871</sup>

Vieira chama a atenção, também, para o que ele nomeia de *emperramento dos sistemas de Administração Pública* relativo à aplicação de regras jurídicas, sem as quais as leis permanecem letra morta. Aqui, a *eficácia* estaria também atrelada à burocracia do Estado, no sentido de que os juízes e funcionários utilizariam precariamente o Direito ambiental, visto como instrumento ainda pouco conhecido, em razão da grande diversidade de textos formulados muitas vezes numa linguagem técnica de difícil interpretação.<sup>872</sup>

A despeito de todos os problemas relatados, acredita-se que o *direito ao meio ambiente equilibrado*, previsto no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, pode e deve ser observado com mais frequência, orientado pelo princípio ético do respeito à própria vida e à dignidade da pessoa humana, reformulando-se, assim, o significado dos termos *eficácia* e *aplicabilidade* daquele direito.

Tendo em vista esse propósito, identificou-se alguns fatores considerados relevantes, responsáveis pela ineficácia do direito ao meio ambiente equilibrado. Tais fatores foram encontrados mediante análise de casos práticos (jurisprudenciais) e doutrinários, com o propósito de se dar o primeiro passo na solução do problema da eficácia do direito em questão; e também para que se promova uma mudança no percurso, sobretudo dos aplicadores do Direito.

Este fato se torna extremamente importante se pensarmos que as necessidades básicas da pessoa humana, tais como a água, o ar e a alimentação dependem da garantia daquele direito humano e/ou fundamental. Deste modo, no próximo subitem, tecer-se-á alguns comentários e reflexões acerca da pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho.

---

<sup>871</sup> CUNHA, Paulo. A Globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 114.

<sup>872</sup> VIEIRA, Paulo Freire. Apresentação. In: Leite, J. R. M.; Ayala, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. *Op. cit.*, p. XXIII-IV.

## 4.2 A Pesquisa Jurisprudencial

Para se estudar a eficácia da norma jurídica contida no *caput* do art. 225, da Constituição Federal, realizou-se uma pesquisa empírica, com o fim de se verificar quais os efeitos que aquela norma produz; se a mesma é adequada para a sociedade a que se destina e, ainda, com o propósito de se investigar os motivos ou fatores de ineficácia ou inadequação, entre outros aspectos.<sup>873</sup>

Deste modo, analisou-se 226 decisões dos Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça, que foram selecionadas através do sistema de pesquisa eletrônica daqueles tribunais, utilizando-se a frase *meio ambiente ecologicamente equilibrado* como ferramenta de procura. O período analisado foi a partir da promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, até o dia 1º de dezembro de 2004.

Para a definição do conjunto dos precedentes foi utilizada àquela frase, identificadas as decisões exclusivamente pela ementa ou resumo dela, dispensando-se, dessa forma, o excessivo rigor doutrinário, já que o interesse principal do estudo está mais em identificar a localização, tendências e orientações da jurisprudência, do que em estabelecer uma técnica exata e precisa sobre o assunto, objetivo este praticamente impossível tendo em vista que a matéria ambiental está presente em vários ramos do Direito, subdividida em diversos assuntos, o que tornaria a realização da pesquisa além do propósito deste trabalho.

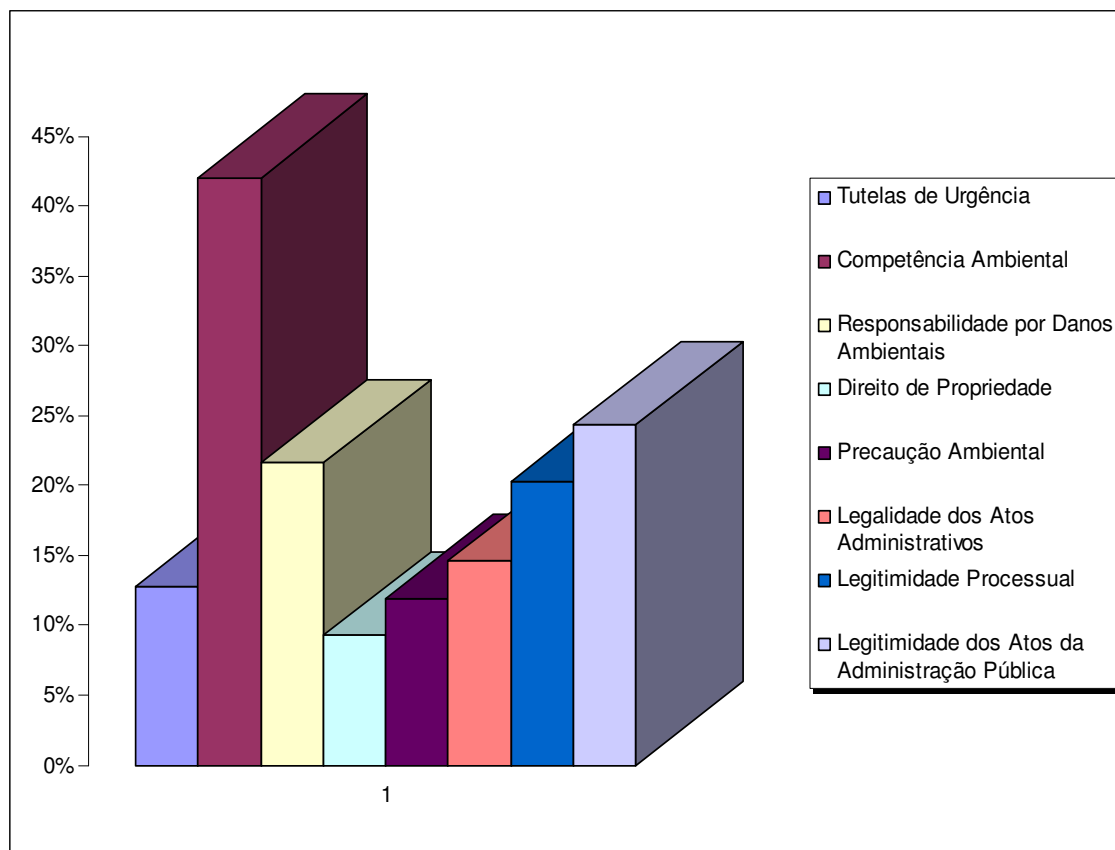
Nestes termos, a partir da realização da pesquisa das decisões - localizadas pelas ementas oficiais disponíveis ao usuário-padrão - foram identificados alguns temas que se repetiam sucessivamente, configurando-se como os motivos pelos quais os jurisdicionados acessam a segunda ou a terceira instância do Poder Judiciário, a fim de resolver questões de caráter ambiental.

Assim, o resultado da pesquisa foi o seguinte: dos 226 decisões analisadas, a) 29 casos tratavam de tutelas de urgência, mais especificamente de medidas cautelares e liminares; b) 95 apontavam alguma dúvida ou problema acerca da competência ambiental; c) 49 casos tratavam da questão da responsabilidade por danos ambientais; d) 21 casos relativos ao tema direito de propriedade; e) 27 decisões tratavam de temas relacionados à precaução ambiental como, por exemplo, EIA/RIMA; f) em 33 dos acórdãos analisados havia algum problema relacionado à legalidade de atos administrativos; g) 46 casos versavam sobre

---

<sup>873</sup> Nesse sentido Sabadell esclarece que “O cientista deve primeiro efetuar uma pesquisa ‘de campo’, que oferece um material empírico, e depois proceder a uma análise teórica, procurando ordenar, interpretar e relacionar entre si os dados recolhidos para alcançar uma explicação adequada do fenômeno.” In: Sabadell, *op. cit.*, p. 61.

problemas relativos à legitimidade processual; e, por último, h) em 55 acórdãos discutiu-se a legitimidade dos atos da Administração Pública.



Esclarece-se que os temas citados já foram tratados nas seções anteriores,<sup>874</sup> desta Tese de Doutorado, restando, nesta oportunidade, tecer algumas considerações sobre os problemas suscitados sob uma ótica preponderantemente hermenêutica e crítica no âmbito do Direito. Contudo, antes de se proceder a análise da crise do Poder Judiciário e apresentar algumas possíveis soluções para alguns problemas, importa realizar algumas considerações acerca da pesquisa empírica.

Inicialmente, quanto se trata de pesquisa sobre o posicionamento dos Tribunais brasileiros, normalmente são apontadas algumas dificuldades daqueles órgãos em julgar matéria ambiental, e, sobre esse ponto, Freitas destaca que isso se dá, primeiramente, pela grande quantidade de Cortes, e em razão da enorme extensão geográfica do território brasileiro. Além disso, o doutrinador comenta que o art. 37 da Lei Orgânica da Magistratura

<sup>874</sup> Exceto o tema *direito de propriedade*, por não ter apresentado resultado tão significativo na pesquisa empírica. No entanto, destaca-se a relevância deste tema para o Direito ambiental brasileiro; observando-se que o mesmo foi tratado, de forma indireta, em várias partes deste trabalho.

ordena que os Tribunais publiquem dados estatísticos sobre seus trabalhos, mas esta exigência tem o propósito de disciplinar e de averiguar o cumprimento de suas obrigações, não tendo préstimo para a apuração da orientação das Cortes, a respeito de determinada matéria.<sup>875</sup>

Esse fato, sem dúvida, dificulta um diagnóstico com relação às decisões proferidas em segunda instância, produzindo conseqüências negativas em todo o sistema judiciário, já que existe atualmente a necessidade de se realizarem pesquisas a fim de se apontar soluções para os atuais problemas que acometem o Poder Judiciário. Por esse motivo, decidiu-se, nesta Tese, associar a pesquisa jurisprudencial - com a utilização dos instrumentos de procura disponíveis nos sites dos tribunais - com a investigação e estudo doutrinário, a fim de se alcançar uma tendência, ou uma resposta mais próxima possível do diagnóstico da crise pela qual o sistema jurídico-ambiental hoje atravessa.

De acordo com Castilho, cada grau de jurisdição corresponde uma preocupação jurisprudencial característica, provocada pela limitação recursal específica e por uma quase imperceptível ideologia dos graus de jurisdição, segundo a qual os tribunais, à medida que se elevam em importância, afastam-se da materialidade das questões e do mérito da causa, cercados quase sempre por intransponíveis dificuldades de ordem processual. Dessa forma, o autor confirma a tendência dos TRFs e tribunais superiores em julgarem temas de caráter processual, afastando-se das questões materiais, apontando para a necessidade urgente de se encontrar alternativas ou soluções, para que tais dificuldades processuais deixem de ser o massivo motivo de interposição de recursos naqueles tribunais.<sup>876</sup>

O doutrinador destaca que no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, dos 18 casos coletados por ele, a grande maioria versou a competência legislativa (9 incidências) para disciplinar assuntos relativos ao meio ambiente, por dúvidas decorrentes principalmente da má compreensão que Estados e Municípios têm da concorrência de poderes legislativos prevista no art. 24, VI, da CF. Castilho ainda acrescenta que os demais casos julgados dizem respeito aos dissídios resultantes do conflito entre propriedade privada e proteção ambiental, tema que, segundo o autor, repassa toda a jurisprudência nacional em todos os graus de jurisdição.<sup>877</sup>

Destarte, a partir da pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho, tratar-se-á de alguns temas considerados de maior relevância para o aumento da eficácia das normas que asseguram o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>878</sup> Registre-se, porém, que,

---

<sup>875</sup> Freitas, V. P. *Direito administrativo e meio ambiente. Op. cit.*, p. 140.

<sup>876</sup> Castilho, *op. cit.*, p. 158-59.

<sup>877</sup> *Idem*, p. 159.

<sup>878</sup> Lembrando que os temas da pesquisa já foram tratados nas seções anteriores.

como a pesquisa foi realizada por amostragem, o resultado representa uma idéia ou uma tendência nas orientações dos TRFs e Superior Tribunal de Justiça, pois - para se chegar a um resultado exato ou preciso - ter-se-ia que analisar cada decisão relacionada às questões ambientais. Contudo, os dados encontrados certamente representam um resultado revelador, no sentido de que evidenciam alguns temas repetitivos e corriqueiros apreciados naqueles tribunais.

Além dos dados colhidos e identificados pela repetição dos temas que levaram ao acesso da segunda e terceira instâncias do Poder Judiciário - ainda existem alguns *fatores* que podem também afetar a realização do Direito, ou seja, a sua eficácia. Entre eles estão, *v.g.*, a falta de estrutura daquele Poder, as questões que cercam a atividade do magistrado - como a parcialidade e o próprio controle do exercício da magistratura; - o problema do acesso à justiça de uma forma geral, entre outros assuntos que constituem pontos fundamentais, e que afetam a eficácia das normas ambientais.

Tais fatores fazem parte de uma *crise* instalada no sistema jurídico ambiental, e no próprio Direito de uma forma geral. Sobre esse ponto, Faria destaca que o Estado atravessa crises de hegemonia, de legitimidade e de matriz organizacional, em razão da multiplicação de conflitos e das novas formas de atuação política; o que levaria à tentativa de vários ajustamentos no que se refere à organização sócio-econômica e político-administrativa do país. No entanto, esses ajustamentos não logram êxito em superar as contradições em que a organização estatal se baseia; o que aumentaria, cada vez mais, a distância entre o sistema jurídico e os interesses sociais conflitantes, resultando numa progressiva desconfiança acerca da objetividade das leis, do critério de justiça, e da efetividade daquele sistema como instrumento de regulação e direção da vida sócio-econômica.<sup>879</sup>

Além disso, Faria atenta para uma crise de identidade epistemológica relacionada às funções do direito, num debate atual que se encerra em duas concepções distintas: a que entende o direito como uma simples técnica de controle e organização social; e a que o concebe como um instrumento de direção e promoção social, numa perspectiva histórica, como um método para a correção de desigualdades.<sup>880</sup>

Segundo o autor, o direito visualizado enquanto instrumento de direção e promoção social, com vistas a um equilíbrio material entre os diferentes setores, grupos e classes sociais - levaria a "justiça" a ser pensada como um princípio de "balanceamento" de

---

<sup>879</sup> FARIA, José Eduardo. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio econômico. In: FARIA, José Eduardo *et al.* *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17.

<sup>880</sup> *Idem*, p. 20.

interesses irreduzíveis a uma medida universal e geral e; por isso, o sistema romperia com o princípio da igualdade formal entre os sujeitos de direito.<sup>881</sup>

Contudo, independentemente do modo como o direito seja visualizado – assunto este a ser tratado posteriormente neste trabalho, quando se discutir o papel da *hermenêutica na atividade judicante* - há que se identificar os *fatores* hoje presentes no sistema jurídico brasileiro, que afetam a realização dos direitos, e especialmente a consecução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assunto este objeto de análise do próximo subitem.

### 4.3 O delineamento da crise

Inicialmente, destaca-se que, para o exercício da função jurisdicional, o Poder Judiciário necessita de uma *estrutura material e humana*. Além de instalações adequadas, material de informática etc., necessita-se de pessoal especializado como técnicos, juízes, serventuários entre outros, isso tudo sob pena de que os processos permaneçam por reiterados anos nas prateleiras dos fóruns.

De acordo com Cavalieri Filho, “por instrumentos humanos de realização da ordem jurídica devem ser entendidos aqueles órgãos ou instituições através dos quais a ordem jurídica de uma sociedade é declarada, assegurada, mantida e modificada.”<sup>882</sup> Nestes termos, estas instituições são evidentemente integradas por pessoas humanas, ou, mais especificamente, por pessoal técnico e especializado.

Atualmente, questiona-se se o Judiciário brasileiro necessita de uma melhor estrutura para a realização da sua função, ou se o problema seria exclusivamente a deficiência de gestão. Recentemente, em reportagem sobre aquele Poder, afirmou-se que o Brasil possui um bom número de juízes (7,7 juízes para cada 100 000 habitantes), considerado um número maior que a média internacional, além de a média de servidores representar mais que o dobro da média no exterior.<sup>883</sup>

Questionou-se, naquela ocasião, o fato de se contar hoje um número significativo de magistrados e funcionários; e a Justiça brasileira, mesmo nestas condições, apresentar morosidade no julgamento das demandas (média de doze anos para julgamento de processo), enquanto que nos Estados Unidos, por exemplo, o prazo é de quatro meses. Assim, concluiu-

---

<sup>881</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>882</sup> Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 140.

<sup>883</sup> Oltramari, *op. cit.*, p. 44-45.

se que o problema é que o sistema processual brasileiro é *barroco e apinhado* de recursos, e que um bom advogado poderia usar até 120 recursos para protelar a sentença.<sup>884</sup>

A pesquisa em questão constatou ainda que a Justiça brasileira é altamente desigual, e que a desigualdade é relativa tanto à estrutura (nº. de pessoas, pares de informática, etc.), quanto ao desempenho dos juízes e serventuários (congestionamento nas varas) entre outros. Concluiu-se, também, que uma boa estrutura física e um bom número de funcionários nem sempre significam população bem assistida, ou uma justiça eficaz.

Tal afirmação chama a atenção para outros fatores que interferem no bom funcionamento do sistema como, por exemplo, as questões de caráter ético representadas pela ausência de corrupção dos agentes que trabalham no Poder Judiciário, entre outros requisitos estabelecidos, sobretudo no art. 37 da Constituição Federal que estatui os princípios a serem seguidos por aqueles que trabalham na Administração Pública dos três Poderes da União.

Por outro lado, Mesquita aponta alguns fatores que, segundo ele, contribuem para a morosidade jurisdicional, são eles: a escassez de órgãos judiciais, desproporcionais com relação à população do País; o número de vagas nos quadros existentes, que chega a 20%, de acordo com o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário; o despreparo dos juízes e do pessoal de apoio; a despropositada divisão em comarcas, umas ociosas e outras excedem a capacidade humana de solucionar os litígios; além da utilização defeituosa de moderna tecnologia, causando baixa de produtividade.<sup>885</sup>

Evidentemente, que uma boa estrutura física e número razoável de funcionários não é o suficiente para a garantia da eficácia jurídica pretendida, ou para a realização dos direitos estabelecidos de forma objetiva e célere. Contudo, tais condições apresentam-se como pressuposto para se alcançar maior eficiência na prestação jurisdicional. O fato de alguns servidores públicos serem destituídos de motivação para o trabalho, ou de senso ético não poderá prejudicar aqueles que dignificam sua profissão e lutam por condições melhores no lugar onde atuam.

Ao contrário do resultado da pesquisa apresentada por Oltramari, Sônego afirma que o número de juízes na ativa não tem como dar conta da demanda processual, em razão dos vários atos processuais que deve cotidianamente cumprir. A autora destaca que se trata de seres humanos, e que, em muitos lugares, os recursos materiais à disposição apresentam-se

---

<sup>884</sup> Idem.

<sup>885</sup> Mesquita, *op. cit.*, p. 456.



aquém das necessidades, ou mesmo obsoletos, citando o exemplo de que até pouco tempo atrás se trabalhava com máquinas de escrever.<sup>886,887</sup>

Cavaliere Filho esclarece que um juiz despacha diariamente dezenas e até centenas de processos, determinando várias providências ou diligências a serem cumpridas. Segundo o autor, para que tais despachos sejam cumpridos com eficiência e rapidez, necessita-se de infra-estrutura, do contrário, o processo ficará parado por meses e anos, aguardando o cumprimento da determinação judicial, com os conseqüentes prejuízos para as partes dos processos.<sup>888</sup>

Conforme Teixeira, o Brasil tem hoje uma população superior a 150 milhões de habitantes, e o número de juizes em atividade é de aproximadamente 8.300, com estimativa de 25% de cargos vagos. Nestes termos, o autor comenta que existem muitas varas do País onde tramitam mais de 10.000 feitos por juiz. Já na Alemanha Ocidental, para uma população de cerca de 50 milhões de habitantes havia 17.500 juizes, com uma média de 350 feitos para cada magistrado.<sup>889</sup> Nesse sentido, Lamy esclarece que, no Brasil, a relação juiz-cidadão é cerca de 1 por 25.000 habitantes, enquanto no Uruguai, por exemplo, existe um juiz para cada 5.000 habitantes; afirmando ainda que, nos tribunais brasileiros, algumas causas levam mais de 30 anos para ser decididas.<sup>890,891</sup>

Outros casos que podem ser citados é o da Corte de Cassação Italiana, por exemplo, que possui grande número de juizes; além da Corte Francesa que é formada por 190 juizes somente no âmbito do Direito privado e do Direito penal, enquanto que no Brasil o

<sup>886</sup> SÔNAGO, Greice Milanese. Súmula Vinculante: medida que pode agravar o problema da morosidade do Poder Judiciário. In CAON, Leoberto Baggio *et al.* *Temas jurídicos relevantes*. Florianópolis: Insular, 2004. p. 123.

<sup>887</sup> Para Velloso o número deficiente de juizes de 1º grau é outra causa da lentidão da Justiça. O déficit de juizes é aumenta com o passar do tempo em função do aumento do volume de cargos não preenchidos. Além disso, o número de cargos relativamente ao número de habitantes é muito reduzido. In: VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico. Efeito vinculante e outros temas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 35, n.138, p. 75-87, abr./jun., 1998. p. 76.

<sup>888</sup> Cavaliere Filho, *op. cit.*, p. 151.

<sup>889</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. ALMEIDA FILHO, Agassiz de *et al.* *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 644.

<sup>890</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 30, n.120, p. 112-37, fevereiro, 2005. p. 127.

<sup>891</sup> Cavaliere Filho também informa que na Alemanha a relação juiz-cidadão é cerca de e 1 juiz por 4.000 habitantes. O autor ainda comenta que “Em países como a Itália e a França, de população estável e de economia já desenvolvida, o crescimento do movimento forense é vegetativo, no sentido de que só acompanha a complexidade, cada vez maior, das relações dentro da sociedade. Isso todavia não é o que ocorre em nações como a nossa, de alto índice de crescimento demográfico, em pleno desenvolvimento econômico e ingressando na sociedade de consumo.” In: Cavaliere Filho, *op. cit.*, p. 152.

Superior Tribunal de Justiça é formado por apenas 33 ministros. Este tribunal proferiu, em 1991, uma média de aproximadamente 1.000 decisões somente como relator.<sup>892</sup>

Tendo em vista os problemas que acometem o Judiciário brasileiro, Teixeira defende que, dever-se-ia elaborar um estatuto da magistratura baseado na democratização deste Poder, com planejamento eficiente e permanente. O autor sugere a adoção de juizados especiais e varas distritais, acompanhada de uma remuneração condigna, e uma melhor distribuição de feitos. Além disso, dever-se-ia criar escolas da magistratura, com uma de âmbito nacional, além de alterações no modelo processual a fim de se promover o aperfeiçoamento das técnicas de solução de conflitos etc.<sup>893</sup>

De fato, para um funcionamento eficiente da prestação jurisdicional, no âmbito da primeira instância, a comarca deverá criar o número de varas adequadas às necessidades típicas relativas à região e à demanda local. Ainda para o bom funcionamento de cada vara, há a necessidade de instalações adequadas, bem como profissionais que realizem o serviço da justiça como, por exemplo, juízes, escrivães, serventuários, oficiais de justiça etc., em número suficiente. Caso estes requisitos estruturais não sejam concretizados, a sociedade correrá um risco ainda maior de que o serviço prestado pela Justiça adquira o atributo da morosidade.

Com relação à questão específica da preparação dos juízes brasileiros, Prado sugere que o próprio órgão julgante deverá preparar ou formar os seus profissionais, em razão do fato de que o ensino convencional não atenderia um novo padrão de juiz construído nos últimos 50 anos, ou seja, o juiz racional-emocional. A autora afirma que

Os concursos para juízes têm sido alvos de fundadas críticas, pois não ressaltam o aspecto vocacional, e não valorizam a seleção por critérios éticos e psicológicos etc.; daí a necessidade da criação das Escolas de Magistratura, seguindo-se o exemplo de vários países europeus, como França, Itália, Grécia e Espanha, onde a ênfase é dada na preparação dos juizes e não o concurso.<sup>894</sup>

Prado ainda informa que a maioria das Escolas brasileiras dá prioridade à reciclagem dos julgadores, e apenas algumas mantêm cursos de iniciação, com a finalidade de revisão e complementação dos cursos de graduação, com pouca preocupação com a questão vocacional dos juízes, com os aspectos éticos e psicológicos referentes à atividade jurisdicional.<sup>895</sup>

---

<sup>892</sup> Teixeira, S. F. *O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania*. Op. cit., p. 644.

<sup>893</sup> Idem, p. 645.

<sup>894</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. Campinas, SP: Millennium, 2005. p. 106-07.

<sup>895</sup> Idem, p. 107.

Por seu turno, Teixeira acredita que os magistrados brasileiros estão mudando, no sentido de não mais se limitar à função de julgar, buscando integrar-se na sociedade a que servem e compreender o fenômeno social na sua origem, contribuindo, dessa forma, para a melhoria do mecanismo judicial. O autor destaca que esse fato responde às esperanças que o povo tem nos juízes, a despeito das deficiências do aparelho judiciário brasileiro.<sup>896</sup> Não obstante isso, uma pesquisa realizada pela Grottera Comunicação verificou que 86% da população brasileira acredita que o Brasil é o país da impunidade, e que muitas pessoas acreditam na justiça do mais forte, exatamente como ocorria numa remota fase da humanidade, anterior à existência do Direito.<sup>897</sup>

Assim, a fim de se resolver o problema relativo à formação dos magistrados, criou-se a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam<sup>898</sup> – cujo propósito é elaborar diretrizes a serem adotadas pelas escolas de magistraturas estaduais e federais. O Conselho Superior da Enfam aprovou duas resoluções que regulamentam o funcionamento dos cursos para os juízes; com previsão para entrarem em vigor a partir do dia 10 de janeiro de 2008.

O art. 105, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal estabelece que a Enfam funcionará junto ao STJ; e terá, entre outros, o objetivo de regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira. Deste modo, a Resolução n.º 1/2007 dispõe sobre o curso de formação para o ingresso na magistratura.<sup>899</sup> Aqui, a grande novidade é a obrigatoriedade do curso de formação na etapa final do concurso para a seleção de magistrados (art. 1º); onde a execução do curso caberá aos TRFs e aos Tribunais de Justiça por intermédio das respectivas escolas da magistratura (art. 2º).

Apresentam-se como temas de destaque na referida Resolução: a ênfase na formação humanística e pragmática; estudos de casos na formação dos magistrados (art. 5º); a inclusão no conteúdo programático do curso de temas como relações interpessoais e interinstitucionais, deontologia do magistrado, ética; administração judiciária, incluindo gestão administrativa e de pessoas; entre outros (art. 6º). Além disso, no decorrer do curso o condidato será avaliado com relação à sua conduta, e quanto ao conteúdo programático, por uma equipe multidisciplinar formada por profissionais como psicólogos, pedagogos, psiquiatras e outros médicos especialistas (art. 8º).

---

<sup>896</sup> Teixeira, S. F. *O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania*. Op. cit., p. 646.

<sup>897</sup> Prado, op. cit., p. 90.

<sup>898</sup> Criada pela Emenda Constitucional n.º 45 de 30 de dezembro de 2004.

<sup>899</sup> BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. *Resolução n.º 1*. Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9928/1/Res\\_1\\_2007\\_ENFAM.Pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9928/1/Res_1_2007_ENFAM.Pdf)>. Acesso em: 02 outubro 2007.

Já a Resolução n.º. 2/2007 trata dos cursos de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento e promoção dos magistrados.<sup>900</sup> Esta Resolução dispõe, em seu art. 1º, que os cursos destinam-se à formação continuada e à atualização de magistrados; e ainda serão aproveitados para fins de vitaliciamento e no caso de promoção por merecimento. A organização e a execução dos cursos caberão, no âmbito federal, aos TRFs, por meio das respectivas escolas da magistratura, e ao Conselho da Justiça Federal através do Centro de Estudos Judiciários. No âmbito estadual, eles serão organizados e executados pelos Tribunais de Justiça, mediante as respectivas escolas da magistratura (art. 2º).

De acordo, ainda, com a Resolução n.º. 2/2007, a habilitação para o vitaliciamento ou para a promoção por merecimento poderá decorrer da titulação em cursos não-oficiais, eventualmente contratados pelo Poder Judiciário ou com ele conveniados, reconhecidos e credenciados pela Enfam (art. 3º). Ademais, o conteúdo programático dos cursos incluirá estudos relacionados com as alterações legislativas (atualização); situações práticas da atividade judicante, e temas teóricos relativos a matérias jurídicas e disciplinas afins como filosofia, sociologia e psicologia, além de se conferir ênfase aos aspectos humanísticos, à ética e à deontologia do magistrado etc. (art. 8º).

Com a criação e estabelecimento da Enfam, espera-se conferir aos magistrados melhores condições para o exercício de suas funções, apresentando-lhes ferramentas - por meio dos conhecimentos difundidos pelas escolas de magistratura - a fim de que desenvolvam suas atividades com maior observância a pressupostos éticos, num sistema de trabalho que privilegie uma visão multi ou transdisciplinar no âmbito em que atuam.

Não obstante toda deficiência na prestação jurisdicional, os juízes devem se empenhar em promover a celeridade do processo, utilizando-se de todos os recursos necessários, conhecimentos etc., conferindo sempre a devida importância de cada interesse envolvido nos casos que lhe são apresentados para julgamento. O magistrado precisa ainda estar atualizado e apto para lidar com o enfrentamento de problemas de pessoas das diversas classes sociais existentes no País.

A morosidade da prestação jurisdicional fortalece a ineficácia das normas jurídicas já que, muitas vezes, a resposta às demandas é tão lenta que a ação perde o seu objeto. Além disso, pode haver prejuízo com relação à proteção de um bem como, por exemplo, quando se trata de bens ambientais que, quando a Justiça é acionada, normalmente já está ocorrendo um dano ou, pelo menos, está na iminência do mesmo se realizar.

---

<sup>900</sup> BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. *Resolução n.º. 2*. Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9929/1/Res\\_22007\\_ENFAM . pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9929/1/Res_22007_ENFAM.pdf)>. Acesso em: 02 outubro 2007.

Além disso, num país como o Brasil, que caminha para o crescimento econômico, onde ocorrem transformações e ajustes de forma constante na economia, nas leis etc., essa dinâmica acelerada nas relações sociais, requer, por consequência, um sistema judiciário bem estruturado, no sentido de ter condições de acompanhar tais mudanças, e de se adaptar ao modelo de desenvolvimento existente.

Outro tema que normalmente é objeto de muitas controvérsias é a questão do *controle da magistratura*. Este pode ser político ou administrativo, e ainda interno ou externo. O *controle político*, no Brasil, se realiza pela participação do Poder Executivo (Presidente da República), e do Poder Legislativo (Senado), na nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Destaca-se que existe, ainda, tal participação na nomeação dos Ministros do STJ, do TRT e do STM. Ademais, o Poder Executivo exerce de forma exclusiva o controle político na nomeação dos juízes dos TRFs, dos TRTs, de juízes do TSE, e de juízes dos TREs.

Já o *controle administrativo* possui natureza hierárquica, e tem por objeto assuntos burocráticos e éticos da atividade do magistrado. Trata-se de um controle interno, fundamentado no Estatuto da Magistratura. Este controle é exercido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, e com sede na Capital Federal.

A natureza do Conselho Nacional de Justiça é exclusivamente administrativa, deste modo, este órgão não exerce função jurisdicional, realizando apenas a função correicional, investigativa e disciplinar, sem, contudo, usurpar a jurisdição e respeitando sempre o princípio do juiz natural. O CNJ possui competência constitucional para exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes dentre outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura e pela própria Constituição.<sup>901</sup> Em termos gerais, cabe ao Conselho zelar pela autonomia daquele Poder, e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, tendo legitimidade para expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências aos órgãos do Judiciário.

Outra função importante é o recebimento e conhecimento de reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, e seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados. Isso deverá se dar sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais. Neste caso, o Conselho poderá ainda avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos

---

<sup>901</sup> Art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

proporcionais ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas, sempre assegurada a ampla defesa.<sup>902</sup>

Cintra Júnior entende que a criação do Conselho Nacional de Justiça é de caráter eminentemente interno e, por isso, não confere à sociedade um poder de fiscalização direta da administração do Poder Judiciário. Neste caso, o autor comenta que com a criação daquele Conselho não haverá um verdadeiro controle externo, pois o comando estará com os juizes dos tribunais superiores, e isto será o motivo da sua ineficácia.<sup>903</sup>

Contudo, o Relatório Anual das Atividades da Corregedoria Nacional de Justiça de 2005 estabelece que a Corregedoria do Conselho pode realizar inspeções e correções, para a apuração dos fatos relacionados com deficiências graves dos serviços judiciais e auxiliares, das serventias e dos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público (Regimento, art. 65).<sup>904</sup>

Destaque-se que os processos que lhe são distribuídos, em maior quantidade, são as representações por excesso de prazo e as reclamações disciplinares, que respondem por 90% dos processos. Muitos desses feitos são imediatamente solucionados, sem nenhuma burocracia e arquivados. Outros são arquivados porque são anônimos ou manifestamente inviáveis, especialmente aqueles que visam a interferir nas decisões judiciais. Assim, no período compreendido da instalação do Conselho Nacional de Justiça (junho/2005) até o dia 20 de dezembro de 2005, o acervo de feitos na Corregedoria era de 348 feitos, distribuídos da seguinte maneira, por classe processual: petição avulsa, 14, representando 4,02%; procedimento de controle administrativo, 2, representando 0,57%; reclamação disciplinar 195, 56,03%; representação por excesso de prazo 125, 35,92%; e revisão disciplinar 12, representando 3,45% dos feitos.<sup>905</sup>

Importante ressaltar que o CNJ já iniciou coleta de dados de todos os Tribunais do País sobre seus respectivos órgãos correccionais, com o objetivo de se analisar os procedimentos disciplinares e, eventualmente, propor a adoção de um único e uniforme sistema de procedimentos. Aqueles órgãos foram consultados a respeito de suas respectivas situações atuais, dos principais problemas enfrentados, bem como para o oferecimento de

---

<sup>902</sup> Art. 103-B, incisos II e III, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

<sup>903</sup> CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Esgotamento do modelo do poder judiciário proposta de mudança. In: *Revista Justiça e Democracia*. N. 4. São Paulo: Ateliê Editorial/Associação Juizes para a Democracia, 2001. p. 303.

<sup>904</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Anual das Atividades da Corregedoria Nacional de Justiça 2005. Disponível em <[http://www.cnj.gov.br/relatorios/relatorio\\_anual\\_atividades\\_corregedoria\\_nacional\\_de\\_justica.pdf](http://www.cnj.gov.br/relatorios/relatorio_anual_atividades_corregedoria_nacional_de_justica.pdf)>. Acesso em: 05 maio 2006.

<sup>905</sup> Idem, p. 9.

sugestões de projetos e idéias a serem analisados, e prestação de informações detalhadas sobre as serventias extrajudiciais, tais como aquelas que se encontram vagas e aquelas providas por concurso público.<sup>906</sup>

O papel da corregedoria é importante no sentido em que ela se propõe a difundir cursos de prática cartorária, visando tornar mais rápido o procedimento judiciário e, portanto, a entrega da prestação jurisdicional, zelando, dessa forma, pelo desenvolvimento organizacional, modernização administrativa, de racionalização de métodos e uniformização de procedimentos, propósitos estes que se forem postos em prática, contribuirão para a celeridade, economia processual e aumento da eficácia das normas jurídicas.

Esclarece-se que, apesar de os tribunais (superiores) estarem com a maioria dos representantes no Conselho Nacional de Justiça, seja de forma direta ou indireta, mediante indicação de juízes, - há também a presença de representantes do Ministério Público estadual e federal; advogados; além de cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

Assim, a presença de representantes que compõem o quadro das funções essenciais à justiça pode ser vista como algo muito positivo na atuação do Conselho que, por conseguinte, deverá ser cobrado (controlado) pelos próprios cidadãos, por meio de reclamação prevista no art. 103-B, § 4º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil - além de ações que cuidam da constitucionalidade das leis e atos normativos - com o intuito de se fazer cumprir o propósito daquela entidade, ou seja, exercer o controle de atividades relacionadas ao Poder Judiciário.

Destaca-se a relevância do previsto no § 7º, do art. 103-B da Constituição, que determina a criação, pela União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, de ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça. Mas essa faceta do controle interno deverá ser devidamente acompanhada de um trabalho de informação aos cidadãos já que, sem o esclarecimento do público, as funções do Conselho certamente perderiam a sua eficácia, e não sairiam do texto constitucional.

Quanto à questão do controle externo do Poder Judiciário, trata-se de assunto polêmico, que normalmente é apontado por parte da doutrina como a solução para alguns problemas (déficit de democratização, transparência, corporativismo etc.) do Poder em questão.

---

<sup>906</sup> Ibidem, p. 14.

Contudo, apesar da autonomia administrativa e financeira do Judiciário,<sup>907</sup> os tribunais, por determinação constitucional, elaboram suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na Lei de diretrizes orçamentárias. Neste caso, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República dispor sobre tais diretrizes,<sup>908</sup> cujo projeto deverá ser aprovado anualmente.<sup>909</sup>

Há ainda o exame dos gastos pelos tribunais de contas que, por sua vez, não pertencem ao Poder Judiciário; e vale lembrar que - conforme o art. 49, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil - compete exclusivamente ao Congresso Nacional escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União.

Ademais, Senado Federal tem a competência privativa para processar e julgar os Ministros do STF e os membros do CNJ nos crimes de responsabilidade. Além de aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de Magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição; e de Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República.<sup>910</sup>

De outro vértice, o Judiciário pode ser considerado uma instituição democrática na medida em que realiza concurso público para a magistratura de primeira instância. Mesmos para os tribunais superiores, a aprovação, em regra, passa pelo aprovação do Executivo e do Legislativo, não sendo uma escolha única e isolada daquele Poder.

Assim, conforme os arts. 93 e 94 da Carta Magna, o ingresso na carreira - cujo cargo inicial é o de juiz substituto - dar-se-á mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as fases. E um quinto dos lugares dos TRFs, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público e de advogados indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, sendo que após o recebimento desta lista, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Esses fatos anteriormente relatados, já revelam a existência de certo “controle externo” ao Poder Judiciário, talvez na exata medida de não comprometer a sua independência e harmonia com os demais poderes, o que ainda pode ser discutível. Ademais, há a ADI que poderá ser proposta democraticamente por vários legitimados, representantes de várias esferas sociais; e, no âmbito administrativo, o Conselho Nacional de Justiça poderá ser

---

<sup>907</sup> Ver art. 99, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

<sup>908</sup> Art. 48, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>909</sup> Art. 57, *caput* e § 2º, da Carta Magna.

<sup>910</sup> Art. 52, incisos II e III (alíneas “a” e “b”) da Constituição Federal.



provocado por meio de reclamações, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos próprios tribunais.

Com relação ao *controle externo do Judiciário*, Rebouças defende que a criação deste seria fruto de idéias autoritárias, elitistas e centralizadoras, que pretendem blindar os órgãos superiores no plano federal, com o propósito de alcançar os tribunais estaduais, ofendendo-se, dessa forma, princípio federativo previsto no art. 125, da Constituição Federal.<sup>911</sup> O autor ainda sustenta que a luta travada pelo controle externo é uma luta pelo poder. Segundo ele, um Judiciário independente constitui um mecanismo de combate à corrupção; com o controle externo, procurar-se-ia instituir juízes dependentes, num processo de intervenção federal contínuo, excedendo-se os limites constitucionais, inclusive no que tange à garantia do livre exercício dos poderes nas unidades da Federação.<sup>912</sup>

O controle do Poder Judiciário é de suma importância para a garantia da eficiência do serviço público exercido em seu âmbito, além do relevante papel dos demais Poderes da União no controle político, assim como das corregedorias, a fim de que se assegure o máximo de credibilidade e ética ao exercício das atividades daqueles que lá exercem suas funções. Todavia, a discussão acerca de um maior controle da atividade dos juízes é polêmica, sobretudo por envolver a intangibilidade do princípio da independência da magistratura. Neste caso, poder-se-ia dizer que o aprofundamento do controle externo colocaria em xeque a independência do Judiciário, bem como a sua pretensão de imparcialidade. Por outro lado, no caso de controle interno, exercido por membros da magistratura, levantam-se questões como a do corporativismo e da impunidade.

Com relação a este problema, Cabeda defende que se deve analisar a possibilidade de reerguer a carreira da magistratura, no sentido de que se promova uma ação corretiva das Corregedorias, e a edição de um *verdadeiro estatuto*.<sup>913</sup> Nestes termos, o autor afirma que

[...], corregedores imperiais intervêm na atividade jurisdicional dos magistrados, editam regras administrativas que atentam contra suas garantias e carreiras. Em Tribunais de Justiça é comum que os Corregedores-Gerais recrutem juízes corregedores auxiliares, afastando-os da jurisdição em prejuízo do povo e investindo-os de um poder inquisitório que não receberam por concurso ou mandato.<sup>914</sup>

<sup>911</sup> REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*. V. 826. São Paulo: Editora RT, agosto de 2004. p. 71-74.

<sup>912</sup> Idem, p. 74-77.

<sup>913</sup> Cabe esclarecer que o art. 96, alínea “b”, da Constituição da República, estabelece que “Compete privativamente: I - aos tribunais: b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva.”

<sup>914</sup> CABEDA, Luiz Fernando. A justiça agoniza. In: *Revista Justiça e Democracia*. N. 4. São Paulo: Ateliê Editorial/Associação Juízes para a Democracia, 2001. p. 58.

Para Cintra Júnior, os demais poderes têm a legalidade dos seus respectivos atos conferidos pelo Poder Judiciário; e a fiscalização da atividade pública não é exclusividade da classe política, já que a sociedade civil também deverá participar. O autor aponta a impossibilidade de se controlar externamente a magistratura, como simplesmente um corpo de juizes. Todavia, entende que se deve fiscalizar o Judiciário enquanto estrutura de poder que administra um complexo de relações no Estado.<sup>915</sup>

Por seu turno, Rebouças sustenta que o controle externo do Judiciário elimina a independência e autonomia administrativa desse Poder (cláusula pétrea, arts. 2º e 99, da CF); sendo inconciliável com a autonomia administrativa local, pois permite à União invadir a economia própria dos Estados, desprezando a Federação. O doutrinador ainda destaca que o Judiciário não alcançou a sua autonomia financeira, apesar da previsão do art. 99 da CF; e que, além disso, a instituição não tem a incumbência de administrar grande quantidade de dinheiro, de modo que a corrupção judiciária é menor e controlável pelo controle interno dos órgãos que já existem, em razão de sua autonomia administrativa, e também pelo policiamento das partes, da OAB, do Ministério Público e do Tribunal de Contas.<sup>916</sup>

Com relação ao controle da magistratura, evidentemente que a ingerência no trabalho dos juízes é vedada, em função da independência que os magistrados possuem. Mas ilegalidades cometidas no âmbito do Poder Judiciário devem ser coibidas, sendo necessário que se promova uma fiscalização em termos administrativos, a fim de se garantir o melhor cumprimento de suas funções. A identificação de falhas, bem como a denúncia de irregularidades, certamente aumentaria a eficácia dos serviços dos magistrados e, conseqüentemente, do sistema jurídico como um todo.

As conseqüências positivas refletiriam na eficácia das normas do ordenamento jurídico e, especificamente, nas normas ambientais, já que a boa atuação dos juízes é importantíssima para a urgência de respostas aos problemas atuais relacionados com o meio ambiente.

Importante, ainda, mencionar um outro elemento importante do Poder Judiciário brasileiro, representado pelo seu órgão máximo, ou seja: o *Supremo Tribunal Federal*. Uma das sugestões da doutrina, a fim de se conferir mais celeridade e objetividade à prestação jurisdicional, trata-se da idéia de que o Supremo deveria restringir a sua competência, aproximando-o num modelo de Corte eminentemente constitucional, em razão de esse

---

<sup>915</sup> Cintra Júnior, *op. cit.*, p. 302.

<sup>916</sup> Rebouças, *op. cit.*, p. 77-80.

tribunal encontrar-se atualmente com excesso de atribuições e processos pendentes de julgamentos.

O excesso de atribuições do Pretório Excelso pode ser conferido no art. 102, da Constituição Federal, que estabelece um rol de competências originárias, isso sem falar na competência recursal ordinária em *habeas corpus*, Mandado de segurança, *habeas data* e Mandado de injunção, que tiverem sido julgados em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão.

A Constituição Federal de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça - STJ, com a finalidade de processar e julgar ações/recursos com o objetivo de diminuir o acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal, destacando-se, ainda, que aquele tribunal tem a competência de zelar pela supremacia das leis federais, bem como promover a uniformização da sua interpretação.<sup>917</sup>

Assim, o Superior Tribunal de Justiça foi criado para reduzir a carga de trabalho do Supremo, aliviando-o da competência de guarda da lei federal, que hoje se processa por recurso especial. Conforme art. 105, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil, compete ao STJ o julgamento, mediante recurso especial, das causas decididas, em única ou última instância, pelos TRFs ou pelos tribunais dos Estados, do DF e Territórios, quando a decisão recorrida: contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; e julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça encontra-se com grande acúmulo de processos, em razão do julgamento de todas as causas apreciadas em segunda instância provenientes de todos os Tribunais de Justiça do País. O fato é que o tribunal em questão encontra-se na mesma situação dos demais órgãos do sistema judiciário, ou seja: convive-se com o excesso de ações/recursos pendentes de julgamento, já que a sua estrutura não comporta a atual demanda, fatos estes que levam à conclusão de que deve haver uma revisão não só da atuação do tribunal, mas, sobretudo, dos seus problemas de caráter estrutural.

Uma sugestão para este problema seria que se atribuísse ao Superior Tribunal de Justiça o exercício da função de uniformidade interpretativa, mas com a devida redução no número de processos que chega àquele órgão, pelo estabelecimento de limites impostos por súmulas vinculantes ou súmulas impeditivas de recursos que mantenham o julgamento de casos semelhantes nas instâncias inferiores, garantindo-se, dessa forma - o desafogamento dos

---

<sup>917</sup> Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 149.

Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados e tribunais superiores – além de economia processual e celeridade nos julgamentos.

A respeito da idéia de transformar o Supremo Tribunal Federal num modelo aproximado ou exato de Tribunal Constitucional, é importante lembrar que, no atual sistema jurídico brasileiro, todos os órgãos jurisdicionais integram a justiça constitucional, tendo em vista que por aqui se adota o controle difuso e concentrado da constitucionalidade. Assim, o Supremo não detém exclusividade ou monopólio no controle da constitucionalidade das leis.

Sobre esse ponto, Tavares argumenta que o Supremo Tribunal Federal pode ser considerado parcialmente especializado, pois ele não decide apenas questões relativas ao controle da constitucionalidade, mas também uma gama de questões heterogêneas.<sup>918</sup> Além disso, na opinião do autor, não se pode mais pretender a construção de um modelo jurídico que negue a doutrina da *common law*.<sup>919</sup>

Moreira Neto sugere que apenas o Supremo deveria atuar como guardião da Constituição, devendo ser transferidas para o Superior Tribunal de Justiça, as competências previstas no art. 102, I, b, c, d, e, f, g, h, i, j, l, m, n e q e, ainda, II, a e b. Deste modo, o sistema brasileiro ficaria estruturado de forma semelhante ao sistema alemão e teria, ainda, como na Suprema Corte americana, um importante papel político, no sentido de adequar a Constituição à realidade social. Neste caso, os membros da Corte seriam nomeados pelos três Poderes, com termo de serviço não superior a dez anos, para que haja a renovação jurisprudencial.<sup>920</sup>

Cintra Júnior também entende que o excesso de atribuições constitucionais do STF obscurece a sua vocação essencial. O autor destaca que atualmente qualquer causa, por menor que seja, pode chegar, por meio do recurso extraordinário, àquele órgão; enquanto que se deveria reservar a ele apenas o julgamento de ações diretas que tratem da constitucionalidade de leis, e altas questões político-institucionais como, por exemplo, conflitos entre a União e entes federados, ou entre poderes e o julgamento do Presidente da República. Neste caso, ao STJ arcaria com a função de uniformizar a jurisprudência relativa à legislação federal, além de promover a proteção das liberdades fundamentais.<sup>921</sup>

Por seu turno, Tavares argumenta que a criação de um Tribunal ou Corte constitucional, com a função de garantir a Constituição deve se basear na sua independência com relação ao Governo e ao Parlamento, pois somente dessa forma desempenhará com êxito

---

<sup>918</sup> Tavares, A. R. *Tribunal e jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>919</sup> *Idem*, p. 154.

<sup>920</sup> Moreira Neto, *op. cit.*, p. 66-67.

<sup>921</sup> Cintra Júnior, *op. cit.*, p. 301.

a sua missão. Segundo o autor, ainda seria necessário que a referida Corte, em circunstâncias especiais, atuasse normativamente para resolver as omissões legislativas, pelo menos com relação aos casos a ele submetidos.<sup>922</sup>

Neste caso, a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal justificar-se-ia pelo fato de que a democracia não se confunde com maioria, nem tampouco com eleições para acesso aos cargos do Poder, e esse tribunal seria o verdadeiro guardião das regras da democracia, atuando para assegurar que essas regras mínimas sejam observadas, inclusive contra a vontade majoritária.<sup>923</sup>

O fato é que o modelo de Tribunal criado pela Constituição Federal de 1988 - composto de juízes com mandatos fixos, e com as diversas atribuições provenientes do próprio texto constitucional - não atende às necessidades sociais como deveria, já que se trata de um modelo que produziu o acúmulo de processos naquela instância e, conseqüentemente, causa grande insatisfação dos jurisdicionados que aguardam muito tempo pelo julgamento de suas ações.

Quanto à opção de se transferir algumas competências atuais do Supremo para o Superior Tribunal de Justiça, entende-se que não seria viável já que o problema deste tribunal não é diferente daquele, ou seja: ambos necessitam de providências que promovam o andamento dos processos em tempo razoável, respeitando-se, dessa forma, o que prevê o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que garante e assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A idéia de limitar a guarda da Constituição ao Supremo no julgamento de ações diretas de constitucionalidade de leis, questões que envolvam a União ou seus Poderes; ou mesmo restringir a atuação do Superior Tribunal de Justiça, encontrando formas de melhor selecionar as causas que aquele tribunal terá competência para julgar, são idéias que visam ao julgamento qualitativo de determinados casos, além de objetivar a celeridade processual.

Outra sugestão para o aumento da eficácia das normas relativas ao meio ambiente seria a criação de *varas ambientais*, como as que já existem nos Estados do Amazonas, Mato Grosso e Santa Catarina;<sup>924</sup> assim como a criação de um Tribunal ambiental, nos moldes do que já existe na Austrália, no Estado de New South Wales.

---

<sup>922</sup> Tavares, A. R. *Tribunal e jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, p. 154-55.

<sup>923</sup> *Idem*, p. 156.

<sup>924</sup> Destaque-se, que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo criou, pela Resolução nº. 240/2005, uma Câmara Especial do Meio Ambiente, para o julgamento de ações relativas aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente.

Mancuso vê a tendência de criação de varas especializadas como um reflexo do acesso dos interesses metaindividuais em juízo, e recorda que o precedente da especialização de órgãos judiciais para dirimir conflitos coletivos foi dado pela Justiça do Trabalho, que divide tais órgãos em: de âmbito regional (competência dos TRTs) de âmbito supra-regional ou nacional (competência do TST). Esta divisão antecipou o critério que hoje serve de parâmetro para o foro das ações coletivas, caracterizando os danos em locais, regionais e nacionais (art. 93 e incisos da Lei 8.078/90).<sup>925</sup>

De acordo com Antônio, o objetivo da vara especializada do meio ambiente no Amazonas é o processamento e julgamento de casos ambientais, com maior celeridade e eficácia. Segundo o autor, aquela vara incorpora o espírito dos Juizados Especiais Criminais, caracteriza-se pela informalidade, flexibilidade, com postura acessível à população, o que resultou em maior credibilidade perante a sociedade amazonense. Além disso, Antônio destaca que o número de juízes no Brasil é um dos menores do mundo em termos proporcionais, e a vara amazonense surge para atender os reclamos por um ambiente ecologicamente equilibrado para a população hinterlandina, com respeito ao § 1º do art. 125 da Constituição da República Federativa do Brasil.<sup>926</sup>

Em 2003, a vara ambiental do Amazonas possuía cerca de 800 (oitocentos) processos, sobretudo processos criminais. Nela há a estruturação de força policial para o assunto, complementando os trabalhos do Ministério Público e magistratura ambiental. Assim, na ocorrência de crime ambiental ou qualquer irregularidade, os policiais deverão lavar um termo circunstanciado nos padrões estabelecidos pela vara especializada. Isso teve como consequência a agilização e integração entre os órgãos de fiscalização e a polícia ambiental, proporcionando ao Ministério Público subsídios para instaurar a persecução criminal.

Em New South Wales, o Estado mais industrializado e populoso da Austrália, estabeleceu-se o Tribunal de Terras e Meio Ambiente, em 1980, criado como um tribunal de *status* igual ao Tribunal Superior do Estado, com jurisdição exclusiva para determinar litígios que surgissem acerca de leis ambientais. Stein destaca que o Tribunal australiano tem se

---

<sup>925</sup> Mancuso, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 77-78.

<sup>926</sup> Segundo Antônio: “A Vara Especializada do Meio Ambiente e de Questões Agrárias tem a seguinte competência material: I - na esfera cível a) processar e julgar as ações referentes ao Meio Ambiente, assim definidas em Lei, bem como os executivos fiscais oriundos de multas aplicadas por ofensa ecológica; b) processar e julgar as ações relativas às questões fundiárias assim definidas na Lei; II - na esfera criminal, processar e julgar as infrações de competência dos Juizados Especiais, definidos na Lei Federal 9.099/95. In: ANTÔNIO, Adalberto Carim. *Vara ambiental: uma realidade*.” In: ANTÔNIO, Adalberto Carim. *Vara ambiental: uma realidade*. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al. Direito ambiental em evolução*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2003. p. 16.

esforçado para ser acessível, além de operar com a menor formalidade e tecnicidade possíveis, introduzindo inovações procedimentais, num esforço para desmistificar o Direito e fornecer eficiente solução aos litígios. Aquele órgão ainda conferiu opções de mediação e conciliação em solução de litígio para os litigantes, sendo o primeiro Tribunal a oferecer a opção de conferências de conciliação.<sup>927</sup>

Stein esclarece, ainda, que a experiência com o tribunal especializado australiano representou um aumento da eficiência, no sentido de que se estabeleceu uma jurisdição integrada e ampla; houve uma diminuição de procedimentos múltiplos surgidos do mesmo litígio ambiental; observou-se a redução de custos e atrasos; houve maior conveniência, eficiência e efetividade nas decisões de controle de desenvolvimento; estabeleceu-se maior grau de certeza nos projetos de desenvolvimento; constatou-se que uma única jurisdição combinada é administrativamente mais barata que múltiplos tribunais separados; e, por fim, os litígios foram reduzidos, com conseqüente economia para a comunidade.<sup>928</sup>

O Tribunal de Terras e Meio Ambiente, de New South Wales, representa uma tentativa de acesso fácil a um tribunal superior com uma jurisdição integrada e exclusiva em planejamento e Direito ambiental. Trata-se de uma idéia inovadora que surgiu como resposta aos problemas jurisdicionais australianos, e que atualmente agrega bons resultados para os jurisdicionados locais, ou para a comunidade que se beneficia do sistema especializado ali instituído. A idéia de varas ou tribunais especializados poderá ainda contribuir para uma maior conscientização dos cidadãos, governo e empresários para as questões ambientais.

Cappelletti sustenta que o aspecto mais importante da reforma do processo refere-se ao que ele denomina de *desvio especializado*, além da criação de tribunais especializados, aspecto este que possibilitaria melhor acesso à justiça. Ele comenta que a criação de tribunais e procedimentos especializados relativamente às causas socialmente relevantes não se trata de uma novidade, já que é há tempos observa-se que

[...] procedimentos especiais e julgadores especialmente sensíveis são necessários quando a lei substantiva é relativamente nova e se encontra em rápida evolução. Aos juízes regulares pode faltar a experiência e sensibilidade necessárias para ajustar a nova lei a uma ordem social dinâmica, e os procedimentos judiciais podem ser pesados demais para que se lhes confie a tarefa de executar e, até certo ponto, adaptar e moldar importantes leis novas.<sup>929</sup>

<sup>927</sup> STEIN, Paul. Direito ambiental mito ou realidade? Um tribunal especializado em meio-ambiente: uma experiência australiana. Tradução de Dario A. Passos de Freitas. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito Ambiental em evolução*. V. 1. Curitiba: Juruá, 2005. p. 223-26.

<sup>928</sup> Idem, p. 230.

<sup>929</sup> Cappelletti, M. *Acesso à Justiça*. *Op. cit.*, p. 90-94.

Por outro turno, Cappelletti assinala que

Um juiz especializado pode também tornar-se muito isolado, desenvolvendo perspectiva demasiado estreita. [...] Além disso, existe sempre o perigo de que a “improvisação” com o procedimento terá efeitos sérios e indesejados. Como notamos, as reformas destinadas a eliminar uma ou outra barreira ao acesso, podem, ao mesmo tempo, fazer surgir outras.<sup>930</sup>

Dessa forma, o autor teme o risco de que os procedimentos modernos e eficientes desprezem as garantias fundamentais do processo civil, sobretudo no que tange à imparcialidade do magistrado, e a garantia do contraditório.<sup>931</sup>

Assim, deve-se pensar em meios viáveis para que o sistema judiciário exerça suas funções com eficiência na realização da prestação jurisdicional, - incluindo, aqui, um procedimento justo que respeite, sobretudo, as garantias constitucionais relativas ao processo - já que a satisfação dos jurisdicionados é (ou deveria ser) o objetivo maior do Poder Judiciário. Se o atual modelo não atende às atuais necessidades, há que se promover alterações pertinentes, baseadas em dados e estatísticas ou, até mesmo, em modelos provenientes do Direito comparado que, não obstante os preconceitos de alguns autores, poderá servir à nossa realidade em determinados casos, ou em alguns pontos específicos a serem ajustados à nossa realidade.

Por fim, outro aspecto da crise do Poder Judiciário, e que também produz reflexos na eficácia das normas jurídicas, é representado pelo *acesso à justiça*, questão que se tratará a seguir.

#### **4.3.1 A questão do acesso à justiça ambiental**

Inicialmente, é importante destacar que a atual Constituição Federal tornou a defesa dos direitos mais acessível aos jurisdicionados, na medida em que assegurou a assistência judiciária; determinou a organização em carreira da defensoria pública; manteve o Mandado de segurança; estendeu a Ação popular aos casos envolvendo o meio ambiente, criou o *habeas data* e o Mandado de injunção entre outras providências que ampliaram constitucionalmente as possibilidades de acesso à justiça.

De fato, os novos instrumentos que facilitam o acesso ao Poder Judiciário, contribuem para a eficácia de políticas que objetivam a garantia de um meio ambiente

---

<sup>930</sup> Idem, p. 163.

<sup>931</sup> Ibidem.



ecologicamente equilibrado, completando o que determina o *caput*, do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, que atribui também à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nestes termos, Mello comenta que a possibilidade de solução dos conflitos individuais, institucionais e sociais, no âmbito do Judiciário, representa índice que revela o grau de desenvolvimento cultural dos povos, significando a diferença fundamental entre civilização e barbárie. O doutrinador ainda destaca a importância da indisponibilidade do direito ao processo.<sup>932</sup> No entanto, a disponibilidade jurídica de instrumentos para a defesa dos direitos difusos deve ser rigidamente acompanhada de um processo de educação nacional, conjugado com um programa, sobretudo governamental, de informação aos cidadãos, a fim de que se promova uma motivação para o exercício da cidadania, em benefício da própria coletividade.

Isto porque os dispositivos que viabilizam o acesso à justiça apresentam-se como um bom começo, mas são insuficientes para cumprirem por si só o propósito de defesa do meio ambiente. Além disso, apesar daquele acesso ser amplamente garantido constitucionalmente, a lenta tramitação dos processos judiciais e administrativos influencia na ineficácia das normas de caráter ambiental.

Tratando de forma mais específica do acesso à justiça, no âmbito do meio ambiente, Cavedon define o acesso à justiça ambiental da seguinte maneira:

É acesso ao Sistema Jurídico-Ambiental, à possibilidade de inserir os Conflitos Jurídico-Ambientais na esfera jurídico-institucional e influenciar na conformação de sua decisão final, que deve se pautar pelos princípios da Justiça Ambiental. É dispor dos meios informacionais e operacionais para representar com eficiência os interesses ambientais e de condições estruturais favoráveis ao exercício da Cidadania Ambiental. Corresponde à operacionalização da Justiça Ambiental, oferecendo condições estruturais e instrumentos igualmente acessíveis, capazes de restituir a equidade na distribuição de custos, benefícios e poder em matéria ambiental, e criando canais comunicativos entre os grupos fragilizados por questões socioeconômicas e informacionais e o Sistema Jurídico-Ambiental. Representa a possibilidade de inserção na esfera jurídico-institucional de interesses e demandas de ordem ambiental, garantindo-se a distribuição equitativa de benefícios ambientais, de poder nos processos decisórios e de acesso à qualidade ambiental.<sup>933</sup>

Ao tratar das barreiras internas do sistema jurídico-ambiental, a autora sustenta que estas diminuem as possibilidades de decisões criativas, inovadoras e pautadas na Justiça Ambiental. A autora afirma que

---

<sup>932</sup> MELLO, Celso de. Democratização do poder judiciário e acesso à justiça. In: *Revista Justiça e Democracia* n. 4. São Paulo: Ateliê Editorial/Associação Juizes para a Democracia, 2001. p. 44.

<sup>933</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. v.

Nestes casos, apesar das informações do Mundo da Vida terem superado barreiras internas e adentrado o Sistema Jurídico-Ambiental, tendem a se perder no seu ambiente interno, não se consolidando como novos elementos do Sistema e, ao mesmo tempo, não devolvendo ao Mundo da Vida um *feedback* positivo no sentido da garantia do Acesso à Justiça Ambiental.<sup>934</sup>

Neste ponto, ela conclui que estas barreiras internas não prejudicam a possibilidade de renovação do sistema jurídico-ambiental por meio da atividade criativa dos juízes, sobretudo sob a ótica da justiça ambiental, inserindo-se no sistema critérios de justiça que orientem a interpretação dos elementos que o integram.<sup>935</sup>

De outro vértice, cabe lembrar que assuntos ambientais são tratados em vários âmbitos de Poder, evidenciando um sistema de proteção ambiental que necessita de um mínimo de sintonia, para que os direitos relativos àquele tema sejam efetivamente garantidos. Com relação ao Poder Executivo, por exemplo, Martins comenta que “em regra, os processos administrativos admitem três instâncias administrativas, fazendo com que os anos passem até uma decisão definitiva. Depois, há o recurso ao Poder Judiciário. Essa morosidade só acentua a corrosão da eficácia da norma protetora do ambiente.”<sup>936</sup>

Um dos principais problemas apontados em termos de funcionamento e administração da justiça é a morosidade causada pela estrutura burocrática do Poder Judiciário, além, é claro, das deficiências no quadro de servidores da justiça entre outros problemas estruturais. Aponta-se, ainda, a ineficiência da justiça como um todo que seria provocada em parte pelas excessivas normas e procedimentos processuais.<sup>937</sup>

Um dos dilemas atuais do Judiciário relaciona-se ao fato de que a agilização dos procedimentos processuais pode afetar a garantia dos direitos estabelecidos, trazendo-se ameaças à segurança jurídica, em razão das providências que se pretende realizar a fim de se garantir a celeridade processual. Todavia, esse argumento não contribui para a resolução dos atuais problemas, pois adia o diagnóstico da crise e a apresentação de soluções, impedindo, dessa forma, o desenvolvimento em termos processuais. Além disso, tal postura retrógrada e comodista coloca aquele Poder ainda mais distante da realidade social, conferindo-lhe um caráter elitista, já que apenas os cidadãos das classes mais altas, que possuem condição de contratar os melhores advogados, têm a oportunidade de fazer valer os seus direitos com o máximo de efetividade.

---

<sup>934</sup> Idem, p. 340.

<sup>935</sup> Ibidem.

<sup>936</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>937</sup> Loche, *op. cit.*, p. 80.

Importa esclarecer que, inevitavelmente, as desigualdades sociais e de qualidade de vida encontradas no meio social, produzem reflexos nos demais âmbitos da sociedade, inclusive na esfera do Poder Judiciário. Mas como este também produz influência recíproca no âmbito social, os operadores jurídicos devem promover esforços contínuos a fim de se conferir resistências às tendências sociais antidemocráticas e altamente desiguais.

Ademais, a questão do elitismo se dá no sentido de que o sistema de acesso à justiça é mais significativo para aqueles que pertencem a uma classe que teve acesso à educação e à informação. Esta classe, na realidade, pode se beneficiar do sistema, ao contrário daqueles que desconhecem seus direitos, ou não possuem condições sócio-culturais e econômicas de fazê-los valer. Este problema é cotidianamente divulgado pelos meios de comunicação, levando uma imagem de que o Poder Judiciário protege os mais ricos, e age com maior rigor no julgamento dos cidadãos pertencentes às camadas sociais mais pobres.

Importante destacar as palavras de Cappelletti, no sentido de que

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.<sup>938</sup>

Tratando dos processualistas, o autor comenta que eles precisam ampliar a sua pesquisa para além dos tribunais, buscando métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, aprendendo com os modelos adotados por outras culturas. Assim, ele afirma que “o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”<sup>939</sup>

Cappelletti entende que o problema diz respeito à realidade de que, até a chegada da reivindicação do direito ao Poder Judiciário, há vários obstáculos que precisam ser superados como, por exemplo, o fato de a maior parte das pessoas comuns não poder ou não conseguir obter êxito no acesso à justiça, na maioria dos tipos de processos. Neste ponto, ele exemplifica dizendo que

Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja

---

<sup>938</sup> Cappelletti, M. *Acesso à Justiça. Op. cit.*, p. 12-13.

<sup>939</sup> *Idem*, p. 13.

expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil “mobilizar” as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.<sup>940</sup>

Com relação à aplicação da justiça e a desigualdade no acesso à mesma, Loche *et al* asseveram que

A ordem democrática tem como pressuposto a remoção de todas as diferenças entre os cidadãos - seja de cor, gênero, classe social, ou *status* econômico -, garantindo seu acesso a todas as instituições da sociedade, desde serviços de saúde e educação, passando pela seguridade social e segurança pública. Cabe ao Judiciário zelar pelo exercício desses direitos e, por isso, o acesso a ele também deve ser garantido e facultado a todos.<sup>941</sup>

Mas, repita-se que a disponibilidade de acesso, por si só, não garante a eficácia do sistema, já que a disposição de instrumentos jurídicos existentes para o exercício do direito de ação faz parte de uma democracia de caráter formal, que precisa adquirir substância mediante a adoção de políticas públicas que tenham por base a educação e a informação das camadas mais desfavorecidas da população brasileira.

Essa substancialidade também precisa chegar ao Poder Judiciário. Sobre esse ponto, Calhau denuncia um problema que afeta a eficácia das normas jurídicas ambientais, e que ele chama de *enxurrada de arquivamentos*, configurando sentenças perfeitamente formais no plano jurídico, mas, desconectadas com a realidade ambiental, isso em razão de que, segundo o autor, promotores e juízes alegam insignificância, política criminal, perdão judicial etc., no intuito de se livrar do processo (problema ambiental), que, para eles, deveria ser resolvido no âmbito administrativo.<sup>942,943</sup>

Sobre esse ponto, Castilho esclarece que, com orientações diversas sobre a insignificância, a tendência dos Tribunais Regionais Federais é tolerar a caça ilegal e a predação de animais, embora já se perceba certa reação contra essa linha de interpretação benevolente.<sup>944</sup> Outro óbice ao acesso à justiça é representado pela inexistência de paridade de armas entre as partes litigantes. Neste caso, Martins afirma que

Em se tratando de tutela do ambiente, essa questão ganha importância, especialmente porque, em regra, os maiores degradadores do ambiente são pessoas jurídicas dotadas de mais e melhores meios técnicos, jurídicos, financeiros,

<sup>940</sup> Ibidem, p. 22-25.

<sup>941</sup> Loche, *op. cit.*, p. 80.

<sup>942</sup> Calhau, *op. cit.*, p. 1893.

<sup>943</sup> Calhau ainda alega que determinados advogados que atuam nos juizados especiais criminais, dificultam sempre que podem o andamento processual, mediante a não realização de acordos; do incentivo aos clientes a não aceitação da transação penal e suspensão condicional do processo, mesmo sendo evidente que o mesmo é culpado, pois pretende, neste caso, provocar recurso de apelação posterior, para cobrarem mais honorários ao final. In: Idem.

<sup>944</sup> Castilho, *op. cit.*, p. 164-65.

influência no meio social e político que o indivíduo ou mesmo a associação de que trata a Lei da ação civil pública.<sup>945</sup>

Barcellos, por seu turno, afirma que os dois maiores obstáculos do acesso à justiça são o custo e a desinformação. Com relação ao custo, a Constituição Federal tentou resolver o problema consagrando a assistência jurídica gratuita para os necessitados, e institucionalizando a Defensoria Pública; além de ter criado os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, para tornar mais barata e célere a prestação jurisdicional. No que tange à informação, a autora defende que todas as instituições diretamente envolvidas - o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Poder Judiciário, as Faculdades de Direito etc. - devem promover a informação acerca de suas atividades a fim de esclarecer a população.<sup>946</sup>

Neste caso, Cappelletti adverte que a assistência judiciária não pode ser o único enfoque de uma reforma de acesso à justiça; e que, para a eficiência do sistema, é preciso que haja um grande número de advogados; e estes deverão estar dispostos a prestar serviços àqueles que não podem pagar por seus serviços, requerendo, tal fato, grandes dotações orçamentárias, o que representa o problema central dos sistemas de assistência judiciária.<sup>947</sup>

Ademais, o fato de na Ação civil pública, bem como na Ação popular serem dispensados o pagamento de custas judiciais, apresenta-se, segundo Martins, insuficiente para o efetivo acesso ao Judiciário, para fins de tutela ambiental, já que existiriam outras dificuldades como, *v.g.*, o caso de documentos negados arbitrariamente pela Administração Pública, que, em regra, requer a impetração de Mandado de segurança, para que se possa ter acesso aos documentos e informações públicos; haveria, ainda, os custos com peritos, sobretudo quando os laudos apresentados pelo degradador revelam-se insuficientes para demonstrar a realidade, ou quando se trata de calcular o dano ambiental; existem os custos com advogados etc.<sup>948</sup>

De outro vértice, ao tratar da organização do sistema brasileiro de acesso coletivo à justiça, Leite e Ayala afirmam que tal organização apresenta

[...] sensibilidade no tratamento dos estados difusos de conflituosidade, superando o simples paradigma de proteção do acesso objetivo - que compreende o acesso direto aos órgãos de decisão - para aproximá-lo de um modelo integral de acesso coletivo à justiça, em que fosse privilegiada, também, sua dimensão subjetiva, autorizando o

<sup>945</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina. Op. cit.*, p. 203.

<sup>946</sup> Barcellos, *op. cit.*, p. 295-301.

<sup>947</sup> Cappelletti, M. *Acesso à Justiça. Op. cit.*, p. 35-47.

<sup>948</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina. Op. cit.*, p. 201.

acesso direto de um complexo plural de sujeitos e atores sociais aos órgãos de decisão e aos processos de decisão.<sup>949</sup>

Assim, um amplo acesso à justiça é fundamental para a defesa do meio ambiente e, dentro deste, a assistência judiciária - estabelecida no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal que atribui ao Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos - assume uma grande relevância frente à carência econômica e financeira que faz parte da realidade brasileira.

Sobre esse ponto, Mello defende que vale a regra fundamental de que a norma precisa - além de exercer o seu poder de *educar* a população, que constitui uma das funções da norma jurídica - também aproximar-se da realidade dos seus destinatários, sob pena de perda de sua eficácia. E, segundo o doutrinador, é necessário instituir, consolidar e aparelhar, em todo o País, as Defensorias Públicas, a fim de se efetivar o processo de construção da cidadania.<sup>950</sup>

Certamente, o acesso (coletivo) à justiça é garantido constitucionalmente e infraconstitucionalmente. Mas, como dito anteriormente, esse fato equivale a uma parcela que garantiria a eficácia das normas ambientais, sendo que as outras parcelas dependem da eficiência dos agentes do Judiciário e dos demais Poderes; além de envolver temas como educação e noções de cidadania coletiva, para que as normas possam ser respeitadas e haja uma espécie de *assimilação cultural* por *todas* as camadas da sociedade.

Quanto ao problema do distanciamento do Poder Judiciário da realidade social, a despeito da garantia de direitos no âmbito constitucional, Loche *et al* comentam que “[...] o Judiciário - que teoricamente deveria ocupar-se da garantia desses direitos - continua preso a um modelo lógico-formal de aplicação das leis que não permite aos juízes adequarem as sentenças à realidade social onde elas inscrevem-se.”<sup>951</sup>

Em termos sociológicos, um direito ou um sistema de normas que se distancia da realidade social *não pega*, ou seja, em Sociologia Jurídica diz-se que uma norma que não corresponde à realidade para a qual ela foi elaborada, será destituída de eficácia social, pois dificilmente será cumprida por seus destinatários. Daí a importância de, no momento de elaboração das normas, promoverem-se estudos a respeito do tema a ser disciplinado e normatizado.

---

<sup>949</sup> Leite, J. R. M.; Ayala, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>950</sup> Mello, C. A. *Democratização do poder judiciário e acesso à justiça*. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>951</sup> Loche, *op. cit.*, p. 81.

Importante destacar que, quando se trata da questão do acesso à justiça em sede ambiental, as opiniões sobre o assunto são divergentes. Freitas, por exemplo, entende que o acesso ao Judiciário no Brasil, para a defesa do meio ambiente, é pleno e eficiente.<sup>952</sup> Por outro lado, Martins alega que este Poder está submerso em intensa crise, atrelada à morosidade da prestação jurisdicional, o alto custo operacional desta prestação, além da dificuldade de acesso à justiça.<sup>953</sup>

Deste modo, existem posições divergentes a respeito do assunto, cujo diagnóstico poderia ser mais real se fosse baseado em pesquisas ou levantamentos empíricos. O levantamento de dados e pesquisas deveria ser realizado não só pelos estudiosos do tema, mas por órgãos governamentais que atualmente já estão incumbidos de trabalhar com a política nacional de meio ambiente como, por exemplo, o CONAMA. Isto porque, política ambiental envolve diagnósticos, pelo menos, aproximados, a partir dos quais surgem as propostas de soluções mais coerentes e eficazes.

Cavedon sustenta que deve prevalecer uma concepção mais ampla de acesso à justiça, como condição estrutural para a operacionalização da justiça ambiental; mas deverá haver também outras estratégias de mobilização. Contudo, a autora admite que a inserção dos conflitos jurídico-ambientais no sistema jurídico-ambiental, operacionalizada pelo acesso à justiça, apresenta-se como um meio mais acessível ao sistema, possibilitando influenciar sua conformação. Isso porque, a revisão e a criação de novos elementos sistêmicos pela via legislativa, representaria tarefa de maior dificuldade de realização para os grupos que vivenciam dificuldades de alcançar o poder necessário para a realização de tal tarefa.<sup>954</sup>

No que concerne ao problema do acesso à justiça, Cappelletti afirma que se deve criar alternativas, com procedimentos mais simples e/ou magistrados menos formais. Nestes termos, deve-se utilizar, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos, para a solução dos litígios fora dos tribunais, técnicas estas que podem ser opcionais para as partes, ou obrigatórias para algumas ou todas as demandas.<sup>955</sup>

Por fim, a opinião dos doutrinadores que tratam do tema *acesso à justiça* é essencial, já que o debate é sempre bem-vindo na busca de soluções para os atuais problemas.

---

<sup>952</sup> Freitas, V. P. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>953</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>954</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. 363-64.

<sup>955</sup> Cappelletti, M. *Acesso à Justiça*. *Op. cit.*, p. 81-82. O autor define o juízo arbitral como “[...] uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes. Embora o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro.”

Contudo, há que se registrar a falta de dados que fundamentem as opiniões, já que esse fato oculta um sério diagnóstico da crise ou das dificuldades pelas quais, não só o Poder Judiciário, mas os demais poderes da União passam atualmente.

O importante para esse estudo é a certeza de que as dificuldades de acesso à justiça fazem com que as normas estabelecidas para a proteção do meio ambiente, assumam a função de objetos decorativos de nossos códigos e leis. Os impedimentos, ou as dificuldades de utilização das mesmas, contribuem sobremaneira para a sua ineficácia e, conseqüentemente, para a não realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por derradeiro, no próximo subitem, se realizará algumas reflexões, e apresentar-se-á algumas alternativas para solucionar a atual crise que assola o Judiciário brasileiro, especialmente no que tange a idéias que visam a contribuir para o aumento da eficácia das normas relativas ao meio ambiente.

#### **4.4 Alternativas para a crise do Judiciário brasileiro**

Atualmente o Poder Judiciário e o sistema jurídico brasileiro, de uma forma geral, é objeto de discussões acadêmicas e da opinião pública, tudo em função das deficiências que o sistema vem apresentando que, como conseqüência imediata, tem-se a diminuição da eficácia na concessão da tutela jurisdicional. Enfim, a morosidade processual, as dificuldades do acesso à justiça, entre outros fatores que apontam para um grave problema naquele Poder, problema este que muitos identificam como uma *crise*.

Tratando do sistema judiciário brasileiro, Loche *et al* afirmam que os estudos a respeito do tema têm enfatizado a falência desse modelo, em razão da sua incapacidade em adaptar-se às mudanças sociais e dar respostas adequadas aos atuais conflitos; e, ainda, em função da baixa credibilidade que instituições como a polícia e a justiça apresentam junto à população.<sup>956</sup>

Faria e Campilongo observam que - nos últimos anos, no âmbito do ensino sócio-jurídico das universidades brasileiras - a Sociologia Jurídica foi vítima de uma tradição jusfilosófica “culturalista” que conferia relevo à dimensão fática da ordem jurídica e, ao mesmo tempo, obstava o desenvolvimento da pesquisa sócio-jurídica. Por outro lado, havia a ampla divulgação das idéias de Kelsen, que trouxe uma aversão aos estudos sociológicos, fato

---

<sup>956</sup> Loche, *op. cit.*, p. 77-78.



este que representa um paradoxo tendo-se em vista a importância e os avanços da disciplina no Brasil e no exterior. Mas, os autores destacam que a despeito de uma tradição sociológica positivista de peso; da influência das correntes sistêmico-funcionalista; e da introdução de modelos dialéticos – houve um desenvolvimento lento, cumulativo e pluralista, resultando na atual Sociologia Jurídica brasileira, que comporta uma variedade de tendências.<sup>957</sup>

Viu-se anteriormente que, para se desvendar a crise do Judiciário brasileiro, são necessários diagnósticos e reflexões objetivando-se encontrar alguns caminhos para a superação dos problemas atuais. Todo esse processo exige um esforço teórico e prático, a fim de se conferir um grau máximo de eficácia aos trabalhos desenvolvidos no âmbito daquele Poder. Assim, entende-se que a *Sociologia Jurídica* tem um papel fundamental, tanto na delimitação do problema, quanto na adequação das soluções à realidade social.

Nestes termos, Roscoe Pound - que representa um dos grandes nomes da Sociologia Jurídica norte-americana - atribui ao jurista o papel de assegurar a satisfação dos interesses sociais, conferindo equilíbrio de interesses na sociedade. Deste modo, as normas devem ser interpretadas para atender a determinados fins, ou seja, teleologicamente. A teoria de Pound acena para a importância de voltar-se ao que realmente ocorre na sociedade.

Castro, quando analisa as idéias de Pound, afirma que o Direito para este é composto de uma realidade impregnada de valores ideais, onde as espécies jurídicas variam em função das espécies sociais. O autor afirma que, para Pound, a Sociologia deve promover uma “intervenção racional na realidade jurídica, a partir de sobrevivências filosóficas, aceitando, mesmo *a priori*, a preeminência do Estado sobre os demais grupos.”<sup>958</sup>

Observa-se, neste caso, a importância da análise das necessidades sociais, a fim de que se promova as alterações no sistema jurídico, condizentes com as dificuldades encontradas na sociedade em dado momento. Este trabalho é normalmente desenvolvido no campo da Sociologia Jurídica, e deve ser cada vez mais valorizado pelos demais campos jurídicos, sobretudo por aqueles que criam (legisladores) e que praticam (juizes) o Direito posto.<sup>959</sup>

---

<sup>957</sup> FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 45-46.

<sup>958</sup> CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. *Sociologia do Direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 202.

<sup>959</sup> Aqui, direito posto quer dizer direito objetivo. Neste caso, Ihering afirma que “A palavra direito, como se sabe, emprega-se num duplo sentido: no sentido objetivo, e no sentido subjetivo. O direito no sentido objetivo é o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado à ordem legal da vida. O direito, no sentido subjetivo, é a transfusão da regra abstrata no direito concreto da pessoa interessada.” In: IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

Quando se trata da eficácia das normas jurídicas, há que se pensar em duas frentes: aquela que trata do trabalho do legislador, ou seja, quando o Direito precisa ser criado para dirimir conflitos sociais; e, além disso, deve-se fazer um esforço para a concretização do Direito estabelecido no plano dos fatos, ou seja, a necessidade da *luta* para ver concretizado o Direito subjetivo. Ihering, quando trata do Direito na sua objetividade e subjetividade, assevera que

Tanto numa como na outra direção o direito encontra resistência; tanto numa como noutra deve dominá-la, isto é, conquistar ou manter a sua existência lutando sempre. É a luta pelo direito subjetivo que escolhi como verdadeiro objeto do meu estudo, mas não posso deixar de demonstrar também para o direito objetivo a exatidão da asserção por mim feita de que a luta é a própria essência do direito.<sup>960</sup>

Uma outra maneira de entender a atual crise do Poder Judiciário seria pela ótica marxista, partindo-se de uma análise da própria sociedade. A teoria de Marx concebe a sociedade capitalista como uma sociedade desigual, onde a própria produção é baseada na discrepância entre as classes dos proprietários e dos proletários. Nesse contexto, os detentores dos meios de produção são donos da maioria dos bens, deixando para o proletariado a sua força de trabalho e o salário. Parte da energia despendida com a força de trabalho é apropriada e incorporada ao valor da mercadoria.

Na visão de Marx, o Estado é um produto historicamente determinado, um produto da sociedade, mas encontra-se acima dela. O Estado teria papel fundamental para impedir que o conflito de classe redundasse numa revolta social. E é, em parte, por isso que a idéia marxista de revolução concebe uma tomada do poder do Estado pelos trabalhadores para, ao final, promoverem a própria extinção do Estado.<sup>961</sup>

Tendo em vista a teoria marxista, - e a idéia de que em cada momento da história da classe burguesa os valores tradicionais capitalistas foram renovados e relegitimados, em detrimento de valores obsoletos, no intuito de absorção de valores emergentes - Martins comenta que em razão da crise ecológica, e da conseqüente demanda ambiental, imagina-se que a burguesia global esteja assimilando o ambientalismo, como uma forma de atualização de sua visão de mundo, o que é demonstrado, v.g, na importância despendida ao selo verde no âmbito empresarial.<sup>962</sup>

A autora afirma que “ao mesmo tempo em que se trata de uma assimilação oportunista, também se abrem espaços à contradição, na medida em que a legitimidade da

---

<sup>960</sup> Idem.

<sup>961</sup> Loche, *op. cit.*, p. 57.

<sup>962</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina. Op. cit.*, p. 231.

dimensão ambiental não poderá ser negada.”<sup>963</sup> De fato, o sistema capitalista adapta-se, de forma oportunista, diante dos novos problemas de caráter ambiental. Hoje, se tem, por exemplo, a ISO 14000, que certifica empresas na área de gerenciamento ambiental, mas que, no entanto, tais certificados servem de *passaporte* para o comércio internacional que, em muitos pontos, contradiz às diretrizes de um verdadeiro desenvolvimento sustentável.<sup>964</sup>

No entanto, o Direito exerce um papel importante na teoria marxista, servindo de instrumento de controle para a classe detentora do poder. Loche *et al* exemplificam esse fato dizendo que “bastaria ver o papel que ele desempenhou no processo de expropriação dos camponeses e em sua transformação em força de trabalho industrial.”<sup>965</sup> Assim, o Direito, naquela teoria, além de representar uma ideologia, cumpriria funções repressivas ou de controle, sobretudo contra a classe do proletariado.

Robles comenta que a idéia fundamental do positivismo jurídico é a de que somente existe o Direito positivo, e só este representa a realidade jurídica, resultado da vontade humana; num cenário onde o cientista do Direito é mero observador descritivista, pois não questiona como deve ser o direito, mas sim como ele é. Por outro lado, o autor assinala que o marxismo utilizou o termo *ideologia* como uma arma na luta de classes, e formulou uma terminologia de desprezo em relação ao positivismo (burguês), acabando prisioneiro de suas próprias críticas, permitindo que voltasse contra si a suspeita de ideologia.<sup>966</sup>

Estas observações a respeito do Estado e do Direito auxiliam na tentativa de entendimento da atual crise no sistema jurídico brasileiro, já que a existência do Direito está contemporaneamente ligada à existência do próprio Estado, servindo como um dos principais instrumentos para o estabelecimento da ordem, além de apresentar, ao menos teoricamente, a solução para as tensões sociais.

O sociólogo Max Weber desenvolveu a idéia de que o Estado reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. Para ele, o Estado é a única fonte de Direito e violência (legítimos), chegando à conclusão de que a existência do Estado está condicionada à aceitação da autoridade dos detentores do poder. Quando à dominação (daqueles que são *reconhecidos* e aceitos como autoridades), Weber estabeleceu três famosas formas de justificá-las conferindo, assim, três fundamentos de legitimidade: a autoridade dos dons pessoais (carisma), a tradição e a legalidade.

---

<sup>963</sup> Idem.

<sup>964</sup> Ver Bianchi, *op. cit.*

<sup>965</sup> Loche, *op. cit.*, p. 58.

<sup>966</sup> Robles, *op. cit.*, p. 81-86.

De acordo com Loche *et al*, Weber transferiu a reflexão sobre o Direito da *legalidade*, no sentido de racionalização dos procedimentos da justiça, para a *legitimidade*, ou seja, como fundamento da dominação legítima do Estado sobre a sociedade. As autoras destacam que, segundo Weber, o Direito é apenas um dos fundamentos do Estado; e a validade da legalidade está relacionada de maneira implícita com sua legitimidade.<sup>967</sup>

Mas, uma das idéias mais interessantes de Weber versou sobre a *burocracia*. Para o sociólogo, o surgimento da sociedade ocidental deu-se conforme os instrumentos da administração do Estado sofreram um processo de racionalização. Nestes termos, a história do Direito confunde-se à história da racionalização do poder do Estado. Ao analisarem este aspecto das idéias de Weber, Loche *et al* explicam que

O poder baseado na legalidade, isto é, na crença na razão e, portanto, no Direito, tem como parâmetro a burocracia. Na administração burocrática, regras formais limitam a 'área jurisdicional' de cada agência, especificam a distribuição de autoridade dentro da agência, definem as tarefas associadas a cada posição e estabelecem um procedimento regular para o desempenho de cada uma dessas tarefas.<sup>968</sup>

Com relação à *burocracia* presente nos órgãos do Judiciário brasileiro, Cabeda afirma que

A distribuição de funcionários mostra que, em muitos tribunais, a atividade-meio roubou os objetivos de prestar justiça. Em prédios onde não se conceberia a presença de quinhentas pessoas estão lotadas mil, mil e quinhentas, duas mil...e as ocupações predominantes são aquelas relacionadas com assuntos de pessoal, auto-assistência, serviços auxiliares, enfim, burocracia. Enquanto isso no *front*, na frente de trabalho junto ao público, as defecções são conhecidas.<sup>969</sup>

Nesse sentido Vieira chama a atenção para o que ele nomeia de *emperramento dos sistemas de Administração Pública*, relativo à aplicação de regras jurídicas. Aqui, a eficácia estaria também atrelada à burocracia do Estado, no sentido de que juízes e funcionários fariam um uso precário do Direito ambiental, ainda pouco conhecido, em razão de sua dispersão numa grande diversidade de textos, formulados muitas vezes num jargão técnico de difícil interpretação.<sup>970</sup>

Ressalta-se, neste caso, a importância do treinamento e formação daqueles que trabalham com a Justiça, a fim de se criar as condições necessárias para a desburocratização dos serviços judiciais, e conseqüente prestação de melhor serviço aos seus destinatários.

<sup>967</sup> Loche, *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>968</sup> Idem, p. 60.

<sup>969</sup> Cabeda, *op. cit.*, p. 62.

<sup>970</sup> VIEIRA, Paulo Freire. Apresentação. In: Leite, J. R. M.; Ayala, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. *Op. cit.*, p. XXIII-IV.

Entre as características tradicionais da burocracia está a impessoalidade e a igualdade formal dos indivíduos perante a ordem legal estabelecida. Outra característica apontada é a *eficiência*, baseada no conhecimento técnico. Assim, o Direito deve estar fundamentado na crença relativa da eficácia da dominação legal concretizada no atual modelo de Estado, onde a desumanização e a impessoalidade são bem desenvolvidas nesse modelo. O sistema de Direito formal-racional observado por Weber deve responder aos objetivos de previsibilidade e estabilidade capitalista, sobretudo na regulação de seus contratos.

Loche *et al* comentam que Weber percebeu que a modernidade é caracterizada pela fragmentação da razão clássica, contida entre os parâmetros da religião e da metafísica, em três campos autônomos: ciência, moral e arte. Segundo as autoras “[...], as cosmovisões existentes antes do século XVIII fragmentaram-se e perderam sua validade axiológica. A partir daí, as três novas esferas recompuseram o critério da razão em novas formas de validade: verdade (para a ciência), direito normativo (para a moral) e autenticidade (para a arte).”<sup>971</sup>

Para que ocorra a desburocratização no âmbito do Poder Judiciário, entre as reformas normalmente apontadas está a reforma legislativa, já que existem no ordenamento jurídico leis consideradas antigas ou desatualizadas, até mesmo anteriores à redemocratização do País. Normalmente, o que mais chama a atenção é o excesso de formalismo do processo civil brasileiro, no sentido deste conferir inúmeras condições para os atos meramente protelatórios. Além da reforma na legislação ainda se deve pôr em prática as determinações legais já existentes, pois de nada adiantariam tais reformas, se as leis não forem cumpridas pelos destinatários.

Entre os problemas que cercam o sistema jurídico do País, Arruda destaca as marcas do patrimonialismo corporativista no interior da instância jurídica. O autor afirma que

A organização das carreiras jurídicas e dos seus respectivos movimentos associativos, na magistratura, no Ministério Público, na docência, seguem critérios burocrático-institucionais particulares, implicando em muitos óbices à plena articulação de suas pautas reivindicatórias com as lutas políticas mais amplas por cidadania.<sup>972</sup>

O fato é que, para muitos autores, o Judiciário brasileiro está em crise em razão do esgotamento do próprio modelo, que não estaria atendendo as atuais necessidades sociais. A

---

<sup>971</sup> Loche, *op. cit.*, p. 63.

<sup>972</sup> ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. *Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 70-71.

despeito disso, a reforma deste Poder está em andamento, e várias emendas à Constituição já foram aprovadas, com o intuito de dar soluções e respostas aos seus problemas.

Interessante observar que - apesar de hoje haver uma crise no Direito e mesmo no sistema jurídico brasileiro - aponta-se o próprio Direito como a solução de outras crises como, *v.g.*, na regulação da atual situação econômica e social vivenciada pela população do País, que atualmente arca com as conseqüências do processo de globalização iniciado na década de 50. Neste caso, Bonavides defende que apenas o Direito prevenirá a crise existente no mercado globalizado, centralizado e monopolista, onde existe a concentração do capital e, conseqüentemente, a ampliação da desigualdade, o agravamento das injustiças.<sup>973</sup>

Ressalta-se que a crise não está presente somente no Poder Judiciário, mas deve ser visualizada em todo o sistema social. Nesse sentido, Bonavides assevera que

O arbítrio do Executivo, as omissões do Judiciário e a falência do Legislativo criaram um falso Estado constitucional e uma falsa democracia representativa. Não há Estado constitucional nem democracia representativa num País que durante dez anos, desde a promulgação de sua Carta Magna, se tem governado por mais de quatro mil medidas provisórias! É uma ditadura constitucional que faz inveja aos generais da “redentora” de 1964.<sup>974</sup>

Cintra Júnior comenta que uma reforma institucional no Brasil será insuficiente para resolver os problemas da administração da Justiça, pois existe um fator cultural que prepondera no alijamento do Judiciário do centro das decisões no Estado. Deste modo, os bacharéis seriam caracterizados por uma tradição discursiva, com uma falta de objetividade no trato de coisas simples, dispensando-se muito tempo com questões periféricas e formais.<sup>975</sup>

Destaque-se que o problema cultural está intimamente ligado à educação que é conferida aos profissionais do Direito. Em resposta aos problemas citados no parágrafo anterior, poder-se-ia intentar um movimento de valorização de profissionais que atuem de maneira objetiva e clara, e que apresentem soluções concretas para os problemas vivenciados hoje no meio jurídico, com base em pesquisas empíricas e comprovações práticas.

Sobre esse ponto, Prado defende que se deve realizar no Brasil uma reforma na formação dos magistrados, já que a formação atual reforçaria a postura convencional legalista na prestação jurisdicional. Para a autora, talvez seja esse o motivo pelo qual vários magistrados não se preocupam com o destino dos indivíduos e dos grupos envolvidos no processo, e pelas conseqüências de suas sentenças, quando, ao contrário, deveriam realizar a

---

<sup>973</sup> Bonavides, *op. cit.*, p. 218.

<sup>974</sup> Idem, p. 218-19.

<sup>975</sup> Cintra Júnior, *op. cit.*, p. 299.

contextualização do *Outro*, tratando-o em sua especificidade; e esse procedimento levaria a uma integração, que propiciaria ao juiz a realização de uma maior justiça no caso concreto.<sup>976</sup>

Em ensaio sobre cultura jurídica alternativa, Arruda trata da possibilidade de se construir espaços consensuais na instância jurídica, admitindo-se concomitantemente uma *guerra de posição* na sociedade política. O autor afirma que “[...] um novo senso comum, alternativo ao tradicional e interdisciplinar, será mais plausível se pautar pela superação de uma visão academicamente débil, de distanciamento do mundo das práticas judiciais.”<sup>977</sup>

Arruda nomeia essa nova luta como *guerra de posição ampliada*. Segundo ele, a urgência se dá em razão de uma *profunda crise de racionalidade jurídica*, causada por elementos de ordem macrossocial como, por exemplo, o neoliberalismo (excludente e antidemocrático), além da concepção dominante de Direito, conservadora e positivista. Esta concepção seria adotada nas práticas jurídicas, e representaria a base do *senso comum* do Direito. Não obstante isso, o autor alega que seria possível uma mudança de paradigma e de prática, trazendo-se Gramsci com a base para a sua redefinição. Este último seria *relembrado* na sua *teoria do conflito* como estratégia para a realização da guerra de posição.<sup>978</sup>

Ao contrário de Marx, Gramsci não via o Estado como aparelho repressivo, mas sim como conseqüência da socialização da política. Neste caso, a sociedade civil seria o lugar privilegiado para uma *nova* construção hegemônica, um lugar “eminente propício às lutas por outros consensos.” Assim, uma nova hegemonia dar-se-ia nos moldes do sistema já estabelecido, de acordo com as regras do jogo, ou nos termos da estrita legalidade. Aqui, o propósito fundamental seria a missão de dar maior efetividade às normas jurídicas.

De fato, a sociedade civil é detentora dos instrumentos necessários para realizar algumas transformações no âmbito jurídico, social e político. Contudo, a cultura da sociedade civil brasileira não é marcadamente caracterizada pelo exercício de uma cidadania ativa, no estrito sentido de se lutar pela efetiva realização dos direitos. Esta postura – que certamente foi reforçada pelo período da ditadura militar, e pela perpetuação de suas conseqüências até a atualidade – traz prejuízos incomensuráveis para as presentes e futuras gerações, que vêm seus direitos conquistados, no âmbito formal, e não realizados na prática.

No âmbito jurídico, alguns juristas defendem o chamado *direito alternativo* como a solução para tais problemas. Mas este tipo de direito, como instrumento de redefinição de uma nova ordem, está longe de ser ponto pacífico na doutrina brasileira.

---

<sup>976</sup> Prado, *op. cit.*, p. 88.89.

<sup>977</sup> Arruda Junior, *op. cit.*, p. 100.

<sup>978</sup> Idem, p. 51.

De acordo com Friede, o direito alternativo, ou o uso alternativo do direito é uma expressão surgida na Europa que propõe rompimento da legalidade, quando, na visão do julgador, esta apresentar-se como um obstáculo à realização da *justiça*. Mas, segundo o autor, no Brasil, os defensores do direito alternativo ousam mais que os europeus, impondo uma arriscada, perigosa e irresponsável tarefa de pensar num modelo de direito para romper os limites da legalidade, quando esta obstruir o valor justiça.<sup>979</sup>

Sobre esse assunto Cabeda afirma que, em meio à crise do Judiciário, os juízes *repetem modismos trelidos de textos*, elaborados em outros países com realidades diferentes. Segundo ele, o positivismo jurídico tratou desse assunto sem necessariamente romper com o sistema, por meio da analogia *legis e juris*, os princípios gerais do direito, a ficção, a interpretação extensiva e as presunções *hominis juris tantum* e *juris et de jure*, além de exclusões, não incidências ou não tipificações.<sup>980</sup>

Além disso, Friede destaca que o Brasil, como um Estado Democrático de Direito - onde o povo é o único detentor do poder, e exercendo-o diretamente ou por meio de representantes eleitos - o juiz não é legislador, e a lei obriga a todos indistintamente. Ao juiz cabe a interpretação da lei, atendendo às suas finalidades sociais; e apenas nas hipóteses de inexistência da norma, o magistrado recorrerá à analogia, aos costumes, aos princípios gerais do Direito ou à equidade. Assim, o juiz, por meio da interpretação, cria o Direito, revelando o significado da norma, para o caso concreto, mas sem se afastar da legalidade.<sup>981</sup>

De outro vértice, Canotilho entende que é importante acompanhar as novas leituras dos problemas político-constitucionais, nos quadros do pluralismo político, econômico e social. Diz o constitucionalista que “Se incluirmos no direito constitucional outros modos de pensar, poderemos fazer face ao ‘desencanto’ provocado pelo formalismo jurídico conducente, em certa medida, à procura de outros modos de compreender as ‘regras jurídicas.’” Neste caso, o mestre português explica que ele se refere “[...] sobretudo as propostas de entendimento do direito como *prática social* e os compromissos com formas *alternativas* do direito oficial como a do ‘direito achado na rua.’”<sup>982</sup>

As novas formas ou modos de se pensar o Direito ou o pluralismo jurídico, são essenciais para a eficácia das normas jurídicas, a fim de que se promova a melhor prestação jurisdicional, motivo maior da própria existência do Poder Judiciário. Contudo, entende-se

<sup>979</sup> FRIEDE, Reis. *Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 54-55.

<sup>980</sup> Cabeda, *op. cit.*, p. 61.

<sup>981</sup> Friede, R. *Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. *Op. cit.*, p. 55-56.

<sup>982</sup> Canotilho, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 26-27.



que não há legitimidade no ato de contrariedade ao Direito vigente; e não há nem mesmo a necessidade de contrariá-lo, de modo que já existe, no ordenamento jurídico, extensa gama de instrumentos capazes de conferir ao magistrado as mais variadas possibilidades de solução dos conflitos sociais. Isto porque, além do grande número de casos previstos normativamente, há a prática interpretativa que é realizada pelos operadores jurídicos, na solução dos casos que lhes são apresentados.

Assim, o pluralismo apresenta-se como importante fundamento sócio-jurídico da atualidade, já que é ele sustenta o equilíbrio de forças e idéias contrapostas no âmbito social; e, nesse cenário, mesmo que o poder ou o controle seja exercido por uma maioria, o sistema deverá prever garantias para que as minorias possam se expressar e vice-versa, dependendo da análise do caso concreto.

A respeito do pluralismo, Robles destaca que este não pode significar arbitrariedade, e que toda ideologia política precisa estar legitimada mediante a justificação racional, ou seja, deve se submeter ao debate que comprove a sua racionalidade. O autor alega que - em razão da complexidade da sociedade atual e do pluralismo que nela existe - permite-se apenas o consenso político, que deverá ser estruturado pela linguagem do Direito; devendo-se aceitar que o consenso moral corresponde aos valores acordados como objetivos, especificados na Constituição, mesmo que o consenso moral apareça distorcido pelas condições reais dos processos de decisão, subordinados aos *interesses* e nem sempre à razão.<sup>983</sup>

Tratando-se ainda do diagnóstico do sistema jurídico brasileiro, Arruda fala da existência da *legalidade sonogada*, que se refere à exigência de efetividade das normas jurídicas já inscritas na legalidade estatal. Esta legalidade pode ser retratada nas normas constitucionais e infraconstitucionais carentes de eficácia social ou efetividade. Entre os fatores que obstaculizam um sistema jurídico eficaz estão, na opinião de Arruda,

Por um lado, um Supremo Tribunal Federal conservador, quando se trata de decidir sobre as grandes questões de repercussão nacional; por outro, um Poder Judiciário de primeiro grau com decisões predominantemente marcadas pela falta de coragem e criatividade, em termos hermenêuticos.<sup>984</sup>

O autor trata ainda da chamada *legalidade relida*, que decorre da legalidade sonogada. Cuida-se de um combate em favor da efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais, mediante um projeto de compatibilização das esferas institucionais, e de

---

<sup>983</sup> Robles, *op. cit.*, p. 105-15.

<sup>984</sup> Arruda Junior, *op. cit.*, p. 68-69

democratização do Estado e do Poder Judiciário. Por último, ele cuida da *legalidade negada*, relativa ao profundo o hiato entre o Direito posto e o Direito a efetivar-se. Além disso, sobre uma possível transformação no âmbito jurídico, Arruda destaca que a radicalidade da mudança está na capacidade teórica de (re) construção de modelos; e que a teoria não se basta. E, por fim, a crítica mais contundente seria a que se realiza por dentro da dogmática jurídica, diminuindo a distância entre os espaços entre teoria e o senso comum; e essa crítica adquiriria maior qualidade teórica e política, na medida em que abandona a pretensão de substituir a dogmática.<sup>985</sup>

De fato, existem instrumentos na própria dogmática jurídica, onde se pode promover uma mudança na atual situação do sistema judiciário brasileiro. O problema central reside na vontade jurídico-político de fazer valer a prestação jurisdicional da melhor forma possível para os jurisdicionados. Ocorre que este fato envolve, além de problemas estruturais, problemas de origem ético-culturais, o que torna ainda mais árduo o trabalho de acadêmicos e operadores jurídicos que acreditam na possibilidade de um sistema jurídico efetivo e de qualidade.

O sistema jurídico é influenciado pelos acontecimentos que envolvem toda a sociedade, seja no âmbito econômico, político etc. Sabe-se, por exemplo, que a partir da segunda metade do século XX, houve uma busca maior pela democracia material nos campos político-jurídico e social. Prova disso foram os movimentos sociais que vislumbram maior participação popular nas decisões políticas; no âmbito da economia (divisão dos bens na sociedade) como, *v.g.*, os *sem terra e sem teto*; o fortalecimento do pluralismo jurídico, entre outros exemplos.

No entanto, entende-se que o Brasil está distante de representar um modelo de País onde os cidadãos exigem cotidianamente que os seus direitos sejam cumpridos. Exemplificasse, neste caso, a fragilidade dos movimentos sociais, como as greves que são normalmente vistas apenas como um desconforto social, um ato de rebeldia, uma atitude marginal, e não como uma maneira de reivindicar direitos, e até mesmo uma reivindicação do simples cumprimento de legislação vigente. Em crítica aos sistemas representativos contemporâneos, Bonavides comenta que

Nos países do Terceiro Mundo o mal se alastra: as casas legislativas, os tribunais, os palácios do Poder Executivo enfrentam, perante o regime representativo, a sua pior crise de legitimidade, conquanto não haja ainda consciência de que a

---

<sup>985</sup> Idem, p. 73-94.

globalização desmoraliza o governo, avilta a sociedade, arruína as instituições; [...].<sup>986</sup>

Assim, conclui-se que não se trata de um problema localizado no Poder Judiciário, mas de um problema sistêmico que deve ser tratado como tal. Se apenas um dos âmbitos sociais for negligenciado, sempre haverá um obstáculo ao pleno desenvolvimento da sociedade. Moreira Neto entende ser o Poder Judiciário um “sistema pesado e complexo”. Para o doutrinador

Multiplicam-se instâncias e tribunais em grande número, criados sem maiores preocupações com a carga de trabalho cometida a cada um desses órgãos, o que explica, sem muito perquirir, porque a Justiça brasileira, em seu conjunto, é cada vez mais cara, morosa e complicada, tudo agravado com uma processualística hermética e tecnicista, mais voltada a si própria que a resultados práticos.<sup>987</sup>

Quanto à crise relacionada à atividade dos juízes, menciona-se o nepotismo como um problema que precisa ser superado com urgência no âmbito da sociedade brasileira. Com relação ao nepotismo e questões que atentam à moralidade administrativa, Cintra Júnior afirma que

Há que introduzir na Constituição regra vedando que parentes de magistrados exerçam cargo de confiança, livre nomeação ou designação, em qualquer órgão do Poder Judiciário da jurisdição a que esteja vinculado. Há Estados em que desembargadores podem indicar livremente, sem qualquer restrição, até cinco assessores não concursados, que ficam à sua disposição.<sup>988</sup>

Neste caso, cabe mencionar a recente Resolução nº. 7 de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça - que disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges, e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário - que veda, em seu art. 1º, a prática do nepotismo, no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, considerando-se nulos os atos assim caracterizados. Destaque-se que o art. 2º da citada Resolução, estabelece expressamente um rol de práticas que caracterizam o nepotismo.

Sobre a questão da *reforma do Poder Judiciário*, Cintra Júnior critica o fato de esta atender aos interesses da Administração Pública e as recomendações do Banco Mundial. Além disso, o autor entende que a reforma se daria no sentido de se concentrar na cúpula daquele Poder a decisão sobre as questões mais importantes, desprezando-se a base do sistema, seguindo-se, dessa forma, as recomendações do capital estrangeiro, que exige a previsibilidade das suas decisões, o que seria impossível num País tão multifacetado, onde há

<sup>986</sup> Bonavides, *op. cit.*, p. 223.

<sup>987</sup> Moreira Neto, *op. cit.*, p. 36-37.

<sup>988</sup> Cintra Júnior, *op. cit.*, p. 304.

grandes injustiças sociais, bem como uma legislação cheia de contradições e inconstitucionalidades.<sup>989</sup>

Importante destacar que a reforma do Judiciário não é um tema inédito no plano jurídico brasileiro. Em 1977 procedeu-se uma reforma realizada sob segredo da justiça, que se chamou na época de *pacote de abril*. Este se revelou demagógico, e nunca saiu do papel. Naquela ocasião, o Congresso foi fechado pela última vez a pretexto de se reformar o Poder Judiciário, mas, na verdade, esse acontecimento tinha objetivos políticos, pois na ocasião foram criados senadores biônicos, dentro outros absurdos no âmbito constitucional. Já em 1979, ainda sob segredo de justiça, foi promulgada a Lei Orgânica da Magistratura, que, segundo Cavalieri Filho, conseguiu operar o milagre de desagradar a todos, colocando todo o Judiciário em oposição; e esta tentativa de reforma do Judiciário viria ao encontro da tradição da cultura das instituições brasileira de trabalharem na defesa de interesses de determinadas classes, em detrimento do interesse comum (da sociedade).<sup>990</sup>

Nestes termos, será praticamente impossível uma reforma efetiva e democrática, se não houver a participação de representantes da sociedade civil no processo. Além disso, deve ser exercido, concomitantemente, o controle pelos cidadãos, com o objetivo de supervisionar os atos dos agentes públicos no exercício de suas funções. Este exercício de cidadania certamente limitaria as atuações ímprobas e antiéticas, e poderia até reduzir a necessidade de reformas, já que no atual sistema têm-se muitas regras que simplesmente são negligenciadas contribuindo para as deficiências do sistema como um todo.

A administração da justiça deve assumir o propósito de defesa do direito dos cidadãos, sobretudo dos direitos fundamentais. Os mecanismos de defesa de tais direitos já estão presentes na Carta Política de 1988. O grande problema é que a falta de informação, de educação entre outros fatores que formam a cultura brasileira, que dificultam o exercício de tais direitos. Assim, como a solução para a crise no Poder Judiciário não virá apenas das mudanças do próprio sistema jurídico, de forma isolada, é fundamental a promoção de mudanças estruturais em outros âmbitos da sociedade, com destaque para o investimento na educação dos cidadãos nacionais.

É o fator *educação* que faz a diferença no desenvolvimento humano, e que certamente refletirá de forma positiva nos subsistemas sociais, trazendo benefícios imensuráveis para o conjunto da população, e não só, como ocorre atualmente, para uma classe privilegiada, que representa a minoria nacional.

---

<sup>989</sup> Idem.

<sup>990</sup> Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 150.

No que diz respeito ao sistema jurídico, alguns autores entendem que o *garantismo* apresenta-se como um referencial adequado e necessário para a produção de conhecimento e, sobretudo, para a interpretação e aplicação das normas e princípios jurídicos. A idéia é de que, mediante a lógica garantista, seja qual for o domínio do Direito, os valores superiores (direitos humanos) orientem a prática dos operadores jurídicos. Destarte, a seguir tratar-se-á das principais características do garantismo jurídico, como uma proposta para auxiliar na solução da atual crise que acomete o Poder Judiciário brasileiro.

#### 4.5 A ótica garantista: Aspectos relevantes

É nesse contexto de crise no Direito e no Poder Judiciário, que surge o garantismo jurídico. A palavra *garantismo* contém, segundo Coelho,<sup>991</sup> três significações. A primeira está relacionada a um *modelo normativo de Direito*, baseado no princípio da legalidade, e abrangeria os aspectos epistemológico, político e jurídico. Neste último, o garantismo representaria uma vinculação às possibilidades punitivas do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos.

A segunda significação diz respeito ao *garantismo como uma teoria do Direito*. Neste caso, ela é considerada como uma *teoria da validade e efetividade* do Direito posto, diferenciando, aqui, validade e efetividade, em função de certa crítica do distanciamento do dever ser (norma), e do ser (norma aplicada ao caso concreto). Ressalta-se que esta significação possui profunda ligação com a questão da eficácia das normas jurídicas.

O terceiro e último significado está relacionado com a *filosofia da política do Direito*. Aqui, o garantismo justificaria externamente os parâmetros jurídicos adotados internamente pelos Estados; e, dentro desta última significação, Direito e Estado são considerados instrumentais, no sentido de servirem de instrumentos ou meios para a realização de valores.

Atualmente existem três frentes garantistas: a primeira está ligada à teoria da validade, propondo-se uma diferenciação entre validade/material e vigência/formal das normas jurídicas. A segunda frente defende o reconhecimento de uma dimensão substancial da democracia, em contraposição ao caráter meramente procedimental da mesma. Na terceira frente, propõe-se ao juiz uma nova forma de ver a aplicação da lei, de modo que a sujeição à

---

<sup>991</sup> COELHO, Edihermes Marques. *Os direitos fundamentais em face da globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 42-43.

lei somente por ser lei - aspecto formal – dê-se de forma conjugada também ao conteúdo das normas - aspecto material.<sup>992</sup>

De acordo com o garantismo, a *vigência* de uma norma refere-se à sua validade meramente formal, ou seja, uma norma que teve a sua edição conforme os ditames do processo legislativo; a *validade* representaria uma condição de pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, ultrapassando a pertinência meramente formal, normalmente encontrada nas teses positivistas. E, por fim, a *eficácia* está associada ao respeito concreto às normas, ou seja, a sua concretização no plano dos fatos.

Sobre esse ponto, Martins entende que o jurista tradicional preocupa-se precipuamente com a validade (validez, na linguagem garantista) da norma jurídica. A autora afirma que

[...], a sociedade volta-se muito mais à eficácia da norma no corpo social. Nessa esteira, a leitura garantista do Direito vem ao encontro das expectativas da maioria da população, almejando o cumprimento das leis. Assim, o garantismo tem como eixo que as normas devem ser cumpridas, especialmente se protetoras dos direitos e garantias fundamentais, como é o caso da proteção do ambiente.<sup>993</sup>

O respeito à dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais formam a base da teoria garantista (teoria geral), levando-se em conta, na aplicação das normas constitucionais, os aspectos formal e material do Direito. Neste caso, o objetivo primordial dos garantistas é ultrapassar a democracia formal e atingir a democracia material. Chegar a uma democracia material significa respeitar os direitos fundamentais de forma *concreta*, ou seja: garantir-lhes a eficácia plena no plano dos fatos, sob pena de as instituições do Estado imbuídas de tal prerrogativa perderem a sua legitimidade.

De acordo com Coelho, as normas que protegem os direitos humanos são normas que centralizam a condição humana de existência na vida em sociedade. Para o autor é mediante um conjunto de normas garantidoras de direitos, que se cria um *escudo* jurídico-normativo em torno de aspectos qualificadores da existência humana – e, quanto mais os direitos humanos estiverem garantidos, maior será a qualificação, no sentido de se conferir qualidade, daquela existência.<sup>994</sup>

Os direitos humanos podem ser protegidos por meios de regras ou princípios, mediante interpretação sistemática do Direito posto, a fim de garanti-los em cada caso

---

<sup>992</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Princípios ambientais, direitos fundamentais, propriedade e abuso de direito: por uma leitura a partir do garantismo jurídico (Ferrajoli). In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito ambiental em evolução*. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003. p. 43.

<sup>993</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. *Op. cit.*, p. 223.

<sup>994</sup> Coelho, *op. cit.*, p. 266.

concreto. Ocorre que a prática jurídica muitas vezes não é orientada pelos princípios e regras de proteção daqueles direitos. Isso se dá em função da visão de operadores jurídicos que entendem o Direito exclusivamente como *técnica*, instrumento asséptico, neutro, ou como uma ciência destituída de ideologia.

Esse fato se contrapõe a idéia do Direito como parte de um macro sistema (o sistema social), onde existe uma interferência recíproca entre subsistemas jurídico, econômico etc. Nessas trocas, existe a defesa de interesses de grupos/indivíduos distintos sejam públicos ou privados. Tendo em vista este cenário, deve-se pautar a teoria e a prática do Direito nos direitos humanos, a fim de se evitar que o Direito seja utilizado de modo a contrariar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a qualidade de vida, ou mesmo a própria vida dos indivíduos de determinada coletividade.

E é nesse contexto pós-moderno que o garantismo se faz necessário, especialmente no aspecto que esta teoria destaca a importância da efetivação de normas de direitos humanos, num tempo em que a globalização econômica promove tantos danos ambientais e desigualdades sociais, mediante a concentração do capital e do poder nas mãos de pequenos grupos absolutamente preocupados com o lucro, e destituídos de ética social e de solidariedade. Nestes termos, Coelho afirma que o garantismo seria importante

[...] para a efetivação no sentido de que propugna a máxima vinculação do sistema jurídico (incluindo-se as relações jurídicas privadas) e do Estado como um todo - nas diversas relações jurídicas, econômicas, políticas e sócio-culturais - aos direitos humanos - eixo jurídico valorativo-operacional para o garantismo.<sup>995</sup>

E esse trabalho seria realizado pelos juízes e demais operadores jurídicos, por meio da interpretação dos textos jurídicos.

O garantismo jurídico preconiza os direitos humanos/fundamentais como fundamento primordial do Estado Constitucional de Direito. Isso quer dizer que aqueles direitos são considerados, no garantismo jurídico, um valor superior e referencial no sistema jurídico constitucionalizado. Contudo, apesar de vários princípios de direitos (fundamentais) estarem em vigor no ordenamento jurídico pátrio, estes são muitas vezes ignorados pelos operadores jurídicos, já que a cultura jurídica brasileira é caracterizada pela aplicação da norma, sendo os princípios subestimados e destituídos de eficácia no plano fático. Sobre esse ponto, Rosa afirma que

Os atores jurídicos não estão acostumados a lidar com princípios, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à regra jurídica. A incapacidade instrumental-prática

<sup>995</sup> Idem, p. 272-73.

dos princípios, portanto, fica prejudicada diante da formação positivista-legalista que informa o senso comum teórico dos juristas, com forte apropriação equivocada da racionalidade weberiana, manifestada pelo legalismo fetichista e rasteiro.<sup>996,997</sup>

Aqui, cabe destacar que o art. 1º, inciso II e III, da Constituição Federal de 1988, incluído no título dos princípios fundamentais, estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, e a *dignidade da pessoa humana*.

A relação do jurista brasileiro com os princípios presentes no ordenamento jurídico pátrio deve ser revista e modificada, com o propósito de se conferir eficácia ou efetividade aos princípios constitucionais, a fim de se promover uma adequação entre o que está estabelecido na lei à realidade social. Ademais, os princípios constitucionais não estão presentes na Constituição Federal para que sejam desprezados ou relegados reiteradamente a um segundo plano.

De acordo com Rosa, tanto as regras como os princípios apresentam juízos do dever ser. Citando Alexy e a sua Teoria dos Direitos Fundamentais, o autor explica que as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, se a regra é válida, deve-se fazer cumprir exatamente a sua determinação. Já os princípios são materializados por normas que possuem um comando a ser realizado na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes. Assim, os princípios seriam reconhecidos como mandatos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades jurídicas e reais, analisadas a cada caso concreto.<sup>998</sup> Nestes termos, Martins comenta que

Diversas possibilidades apresentam-se com o fito de proporcionar maior eficácia às normas ambientais. Uma delas, é a construção de um arcabouço doutrinário a partir de princípios estruturantes do Direito ambiental, visando a, entre outros, diminuir as brechas contra a proteção do ambiente existentes no ordenamento jurídico.<sup>999</sup>

<sup>996</sup> Rosa, *op. cit.*, p. 46.

<sup>997</sup> Silva ensina que a palavra *princípio* aparece com sentidos diversos no sistema. Segundo o constitucionalista, “Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema.’” O autor ainda esclarece que “as *normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.” In: Silva, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>998</sup> Rosa, *op. cit.*, p. 46-47.

<sup>999</sup> Martins, R. A. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. *Op. cit.*, p. 223.



O importante seria que os princípios constitucionais norteassem, de fato, as atividades desenvolvidas no Estado, uma tarefa a ser estabelecida no campo da hermenêutica jurídico-administrativa, sendo fundamental que os operadores jurídicos não subestime o comando existente nos princípios constitucionais, pautando-se na ultrapassada concepção de que aqueles não possuem força cogente.

Destarte, sem negligenciar a forma estabelecida no plano legal, há que se valorizar o *conteúdo* das normas e princípios estabelecidos constitucionalmente, isso de acordo com o paradigma garantista, onde o magistrado e demais operadores jurídicos devem tutelar não apenas os aspectos formais do direito, mas também e, sobretudo, os aspectos materiais ou substanciais, representados pelo conteúdo constitucional, realizando-se, dessa forma, o que se costuma chamar de *oxigenação constitucional*.

Com relação às questões ambientais, Rosa afirma que a principiologia de preservação contida na Constituição da República Federativa do Brasil manifesta-se no sentido da solidariedade (art. 30, I), da promoção do bem de todos (art. 30, IV), do respeito pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) etc. Fora da Carta Magna, pode-se invocar o princípio da precaução (Declaração do Rio de 1992, art. 10), princípio da cooperação, princípio da responsabilização e princípio da participação.<sup>1000</sup>

Cabe, aqui, mencionar a Lei nº. 11.105/2005 - que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, e estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, - que regulamentou, de forma expressa, o princípio da precaução.

Assim, conclui-se que os princípios relacionados à consecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado devem ser utilizados pelo magistrado e pelo intérprete do Direito, pois estão inseridos na Constituição e, por isso, têm eficácia jurídica, devendo adquirir também a eficácia social sendo aplicados na defesa daquele direito fundamental.

Coelho destaca que o Direito contemporâneo está passando por um período de crise. O autor, seguindo a lógica de Ferrajoli, apresenta três aspectos principais da crise, quais sejam: a) *crise de legalidade*, manifestada no exercício do poder, sem que haja uma reação social ou política eficaz com relação a este fato, como, por exemplo, casos públicos e notórios de corrupção nas instituições públicas de todos os níveis. b) *crise da inadequação do modelo social de Estado às estruturas do Estado de Direito*. Aqui, o modelo de Estado Social

---

<sup>1000</sup> Rosa, *op. cit.*, p. 49.

impulsiona interesses de grupos que aguardam a resposta ou as soluções que deveriam advir do Estado. Ocorre que as atuações dos diversos grupos se dão de maneira conflitante, em razão dos interesses corporativos, que são atendidos provocando um fenômeno inflacionário de leis e medidas provisórias. Isso tudo se dá, muitas vezes, em detrimento da consecução dos objetivos de *interesse social* do Estado. c) *crise do Estado nacional*, sobretudo em face da integração econômica, que desestrutura a soberania nacional, refletindo-se também no Direito.<sup>1001</sup>

Nestes termos, a crise do princípio de legalidade estaria ligada ao *caos normativo* (Ferrajoli) formado pela edição de um número ilimitado de leis, levando até mesmo a situações contraditórias dentro do sistema jurídico. Este problema representaria um grande obstáculo às práticas jurídicas que visam o bem comum ou o bem da sociedade, além da dificuldade de sistematização e manutenção da coerência do sistema jurídico. Não obstante a proliferação de fontes (caos normativo), Coelho afirma que o garantismo jurídico representa um *modelo normativo de Direito* que possibilita o recondicionamento de teorias e práticas que perpassam as estruturas políticas e jurídicas vigentes, vinculando-as a valores humanos superiores, onde as práticas jurídicas seriam recondicionadas por estes.<sup>1002</sup>

Assim, o Direito posto (formal), para ser considerado *legítimo*, deverá estar também submetido ao *plano substancial* do Direito, relacionado à validade material das normas jurídicas. Isso quer dizer que, Direito legítimo é aquele que acata aos padrões formais para a produção e existência de normas jurídicas, além de levar em conta o conteúdo das referidas normas, devendo manter coerência com as normas constitucionais.

O sistema jurídico, como *sistema axiológico*, está estruturado de forma hierarquizada, de modo que os *valores superiores* (constitucionais) norteiam todas as demais normas do ordenamento. Como *sistema teleológico*, o sistema jurídico estrutura-se em função das *finalidades* que deve cumprir, partindo-se dos valores superiores que representam a base, e conferem orientação para todo o ordenamento jurídico. Deste modo, o sistema axiológico confere unidade ao sistema jurídico, já o sistema teleológico confere ordenação ao mesmo. Serrano afirma que

O critério de unidade é baseado na existência de normas superiores e inferiores que devem estar relacionadas. Desse modo, as normas existem como normas jurídicas, mas poderão ser declaradas não-válidas se não respeitam o princípio da relação hierárquica, e, sendo válidas, serão obrigatórias e legítimas.<sup>1003</sup>

<sup>1001</sup> Coelho, *op. cit.*, p. 36-38.

<sup>1002</sup> Coelho, *op. cit.*, p. 40.

<sup>1003</sup> SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002. p. 99.

Já a coerência (ordenação) do sistema jurídico diz respeito à verificação de conteúdo normativo. Ressalte-se que a incoerência no sistema jurídico é caracterizada como uma antinomia, ou seja, a ocorrência de incompatibilidade de normas no sistema, havendo, dessa forma, o comprometimento da validade de uma das normas antinômicas, já que o sistema deve necessariamente manter a sua ordenação e unidade.

Destarte, o ordenamento jurídico é formado por um sistema de normas, e para entender o seu funcionamento deve-se examinar vários pontos fundamentais como, por exemplo, a validade, unidade, coerência, a eficácia entre outros fatores. As normas do sistema seguem uma ordem hierárquica que confere coerência ao mesmo. O princípio da plenitude do ordenamento jurídico deverá ser respeitado, assim como o princípio da unidade da ordem jurídica e o da coerência lógica do sistema, a fim de que sejam evitadas ou mesmo detectadas as *antinomias reais*, resolvendo-se, a partir disso, as suas contradições, já que se a *antinomia* for apenas *aparente*, será resolvida pelos critérios normativos: hierárquico, cronológico e da especialidade.<sup>1004</sup>

De acordo com Diniz, “antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de Direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular.”<sup>1005</sup> Segundo a autora, ela pode gerar lacuna de conflito ou de colisão; se conflitantes, as normas se excluem reciprocamente. Mas é condição para a existência de uma real antinomia a incompatibilidade, a indecidibilidade e a necessidade de decisão (julgamento de duas ou mais normas relativas ao mesmo caso, que tragam soluções logicamente incompatíveis). Cabe ainda destacar as palavras de Diniz no sentido de que

Entre duas normas plenamente justificáveis, deve-se opinar pela que permitir a aplicação do direito com sabedoria, justiça, prudência, eficiência e coerência com seus princípios. Na aplicação do direito deve haver flexibilidade do entendimento razoável do preceito permitida pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, corrigindo-se o conflito normativo, adaptando a norma que for mais razoável à solução do caso concreto, aliviando a antinomia.<sup>1006</sup>

Nestes termos, a atualização constitucional não precisa ser efetuada necessariamente por meio de reformas ou emendas, pois o Direito, apesar de ser baseado em normas *estanques*, possui conteúdos normativos que se encontram em constante mutação no

<sup>1004</sup> As regras de interpretação estão previstas nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC.

<sup>1005</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 1: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 85.

<sup>1006</sup> Idem, p. 94-95.

âmbito das atividades interpretativas e aplicadoras, atividades estas que pretendem *adequar* as normas jurídicas ao caso concreto, com o propósito de dar respostas aos problemas atuais.<sup>1007</sup>

Todavia, para o entendimento da realidade social do Brasil, os profissionais do Direito deveriam ir além das informações cotidianas, buscando sempre a informação especializada de caráter sociológico, cultural, entre outros, a fim de se conferir a *melhor* realização da prática jurídica. Sobre esse ponto, Loche *et al* afirmam que “não há no Brasil uma tradição de estudos entre as Ciências Sociais a respeito do Sistema Judiciário, seja da sua estrutura ou do seu funcionamento.”<sup>1008</sup> Os autores apontam a Constituição de 1988 como um marco para tais estudos, momento em que o Poder Judiciário passou a ter mais evidência no cenário social brasileiro.

O Estado Democrático de Direito foi instituído no art. 1º da Lei Suprema e, dentro dele, a expectativa quanto ao Judiciário é de que este Poder atue como mediador dos conflitos sociais e intersubjetivos, garantindo o cumprimento das leis e, sobretudo, da própria Constituição. O sistema jurídico brasileiro contempla o princípio da igualdade dos seus cidadãos, previsto no *caput*, do art. 5º da Carta Magna. Mas o grande problema do sistema é que ele vem garantindo para os seus jurisdicionados normalmente uma igualdade formal, daí a necessidade de que esta se transponha para o plano material em benefício de toda a sociedade. Com relação a esse ponto, Oliveira afirma que

A igualdade formal fez com que se agravassem, ainda mais, as desigualdades, já que era o indivíduo que tinha que amenizá-las com seu próprio esforço. O Estado Moderno do tipo liberal teve por base os seguintes princípios: limitação da intervenção estatal, liberdade do indivíduo e crença na superioridade da regulação espontânea da sociedade.<sup>1009</sup>

Assim, o Estado atual deve oferecer condições para que as pessoas gozem de uma igualdade substancial, já que só esta poderá estabelecer um caminho para se superar as mazelas do subdesenvolvimento. Contudo, a questão da igualdade substancial que envolve a igualdade jurídica, camufla desigualdades. Segundo Serrano, isso ocorre “[...], pois o *imperium* da criação do direito representa sempre o órgão, camada ou grupo social que possui o poder econômico e emite as decisões políticas, e por isso todo o sistema jurídico reconhece tais interesses de grupos, os quais desde a Constituição até o último instrumento jurídico são protegidos.”<sup>1010</sup>

<sup>1007</sup> Coelho, *op. cit.*, p. 150-51.

<sup>1008</sup> Loche, *op. cit.*, p. 77.

<sup>1009</sup> Oliveira, F. P. M.; Guimarães, F. R. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar. Op. cit.*, p. 44.

<sup>1010</sup> Serrano, P. J. *Interpretação jurídica. Op. cit.*, p. 93.

Os grupos detentores do poder econômico e político refletem no próprio sistema jurídico os seus interesses de classe ou de grupo, com o propósito de protegê-los e garanti-los. É por esse motivo que o Estado social se faz necessário, - e além deste o Estado de Direito Ambiental - a fim de se promover uma intervenção em assuntos sócio-econômicos. Tal modelo de Estado que começou assumir seus contornos a partir das Constituições do México de 1917, e com a Constituição de Weimar de 1919, aprofundou-se com a Segunda Guerra Mundial até aproximadamente a década 70.

O atual modelo de Estado brasileiro, cujo início de sua formação pode ser apontado na década de 80, comporta particularidades do Estado Social e do Estado Liberal, apresentando, como características: a separação entre a esfera pública e a privada, sob o domínio dos interesses pessoais; dissociação entre o poder político e o poder econômico, que eram unidos na sociedade feudal; separação entre as funções administrativas e políticas, tornando-se autônomas da sociedade civil.<sup>1011</sup> Destaque-se que, atualmente, vários estudiosos do Direito, que tratam de assuntos sócio-ambientais, defendem a idéia de construção de um Estado Ambiental, ou seja, um Estado detentor das características do Estado democrático de Direito, com ênfase nos princípios estruturantes do Direito ambiental.

Importa sublinhar que a globalização promoveu, e ainda promove, um desajuste na capacidade de gerenciamento do Estado com relação aos próprios recursos, incluindo aqui os recursos naturais. Isto porque os agentes da globalização, muitas vezes representados pelas grandes corporações, interferem na definição das políticas públicas internas de cada Estado, além da política internacional.

Voltando aos princípios constitucionais, Bonavides ensina que, com relação aos progressos obtidos no âmbito hermenêutico, fala-se da unidade da Constituição, e o princípio da dignidade da pessoa humana deve, urgentemente, ser referido na ordem espiritual e material dos valores. Segundo o constitucionalista, a unidade da Constituição só se traduz quando tomada em sua bidimensionalidade, que abrange o formal e o axiológico, ou seja, forma e matéria, razão e valor.<sup>1012</sup>

Quanto à velha pretensão e neutralidade do Poder Judiciário, cabe destacar que o processo de politização deste Poder - ao contrário da pretensão de neutralidade - foi impulsionado pela Constituição de 1988, com a garantia, para as suas instituições, da independência administrativa e financeira em relação aos outros Poderes. Assim, uma decisão

---

<sup>1011</sup> Oliveira, F. P. M.; Guimarães, F. R. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>1012</sup> Bonavides, *op. cit.*, p. 233.

tomada no âmbito do Judiciário sempre guardará um aspecto político *lato sensu*. Independentemente da instância, os magistrados, na aplicação do Direito, trabalham com um sistema de normas e princípios que lhes conferem um grau mínimo de discricionariedade. Esta surge por meio dos processos de interpretativos do sistema, e que são orientados, muitas vezes, por orientações pré-concebidas do aplicador do Direito.

Deste modo, numa sociedade hierarquizada como a brasileira, marcada pelo predomínio de interesses individuais sobre os interesses coletivos, não há que se falar em neutralidade do Poder Judiciário. O que traria um melhor resultado para aquele Poder e para toda a sociedade, seria a organização e difusão de um movimento dos operadores jurídicos na defesa da supremacia e eficácia dos princípios constitucionais, tendo-se como base o princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana*, e a valorização de resultados práticos nessa área.

Com relação a esse ponto, Bonavides, quando trata da “supremacia principiológica dos conteúdos constitucionais sobre os conteúdos legislativos ordinários da velha dogmática”, sustenta que os conteúdos constitucionais exprimem a ascensão da legitimidade material, relegando ao segundo plano o formalismo positivista e legalista pretérito, característico da dogmática jurídica do século XIX; formalismo este que interpretava regras e não princípios e, por isso, mantinha-se mais atento ao texto das leis que ao Direito propriamente dito.<sup>1013</sup>

Neste caso, Bonavides se aproxima muito da idéia garantista de democracia material, no sentido de valorizar o aspecto material das normas jurídicas. Além do destaque conferido à questão da supremacia dos princípios estabelecidos constitucionalmente, tendo-se sempre como fundamento básico o princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, para a operacionalização de tais idéias, há a necessidade de uma mudança na cultura hermenêutica brasileira, a fim de que se promova, a partir do aparato legislativo já existente, a eficácia das normas jurídicas de caráter ambiental, para a consecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assunto este que se tratará a seguir.

---

<sup>1013</sup> Idem.

## 4.6 A necessidade de novos parâmetros hermenêuticos

### 4.6.1 Generalidades

Atualmente, a adoção de uma postura ativa na realização dos direitos fundamentais representa (ou deveria representar) uma tarefa urgente para os operadores do Direito. Para isso, é necessário utilizar os meios oferecidos pelo sistema jurídico, teleologicamente, privilegiando-se os valores-base da Constituição da República Federativa do Brasil.

A solução para os problemas provenientes daquele sistema precisa ser visualizada de várias formas, para que se possa construir um Poder Judiciário estável, e que atenda às necessidades da sociedade a qual ele se destina. Evidentemente, a visualização do sistema jurídico em todos os seus ângulos traz à baila questões que transcendem o mesmo, envolvendo temas de caráter cultural, econômico e social. Como dito anteriormente, estes não podem ser negligenciados, sob pena de se fazer um diagnóstico incompleto ou impreciso da atual crise daquele Poder.

Contudo, numa sociedade em que os recursos naturais estão ameaçados pelo próprio Homem, deve-se incentivar a proatividade não só dos cidadãos de forma geral, mas, sobretudo a ação dos operadores jurídicos, que devem concentrar seus esforços na prevenção e repressão dos danos ambientais. E, nesse trabalho de repressão e prevenção de danos ao meio ambiente, existe uma mediação a ser feita por meio da *interpretação*.

De acordo com Diniz “interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica. Devido a ambigüidade do texto, imperfeição e falta de terminologia técnica, má redação, o aplicador do direito, a todo instante, está interpretando a norma, pesquisando seu verdadeiro significado.”<sup>1014</sup> Segundo a autora, a hermenêutica fixa as regras, os critérios e os princípios que deverão conduzir a interpretação, representando a teoria científica da arte de interpretar.

A norma jurídica é o objeto da interpretação, e apresenta-se como uma fórmula preestabelecida pelo legislador, regulamentando as relações humanas em sociedade. Tratando de normas jurídicas, Ávila afirma que estas são “[...] os sentidos construídos a partir

---

<sup>1014</sup> Diniz, M. H. *Curso de direito civil brasileiro. Op. cit.*, p. 64.

da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”<sup>1015</sup>

O trabalho do julgador inclui o exame de várias partes do texto legal, a fim de investigar os vários sentidos das normas, sob vários aspectos sem, contudo, alterar o texto do dispositivo em análise. Após esse procedimento, deve-se declarar o melhor sentido, ou seja, o mais compatível com o sistema jurídico, e que, ao mesmo tempo, o que melhor se ajusta ao caso concreto. Neste caso, o dispositivo não é alterado, mas - as normas construídas a partir dele, que não se adequam com a situação posta, ou que se mostrem contrárias à lógica do sistema - devem ser descartadas.

Friede esclarece que “interpretar é conhecer, saber, em essência, exatamente a consistência da própria norma, o que ela quer dizer.” Para o autor, não existe norma jurídica que possa escapar à interpretação, por isso, o princípio segundo o qual *in claris non fit interpretatio* seria falso, já que a afirmação de clareza de uma lei é um estágio obrigatório de sua interpretação.<sup>1016</sup>

No âmbito da hermenêutica constitucional brasileira, Mello afirma que os autores que tratam deste tema se apóiam no elemento político do Direito Constitucional, mas visualizam este Direito em uma sociedade estável, onde os problemas sociais são controlados pelo Poder Público. O autor destaca que renomados juristas alemães se prendem aos *valores constitucionais*, com profundo realismo ao momento histórico atual. Para ele, na Constituição brasileira, os direitos humanos representam grandes valores constitucionais. Nesse contexto, a interpretação não se limitaria apenas em *explicar*, mas também completaria o que é insuficiente, forneceria os instrumentos necessários para realizar uma regra desejável, havendo, dessa forma, uma liberdade de interpretação com a finalidade de assegurar aqueles direitos.<sup>1017</sup>

De acordo com Castro, a hermenêutica constitucional americana revela a utilização de uma *hermenêutica criadora*. Esta viabilizaria a construção do Direito no momento de aplicação do texto legal, para a resolução dos conflitos de interesses, o que seria impossível nos métodos clássicos de interpretação constitucional, já que estes consideram o Direito sob uma ótica fechada e insuficiente para a definição da proteção constitucional do meio ambiente. Para a autora, por meio de uma visualização do sistema constitucional como uma ordem aberta de regras e princípios, os novos métodos hermenêuticos da doutrina

---

<sup>1015</sup> Ávila, *op. cit.*, p. 22.

<sup>1016</sup> Friede, R. *Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. Op. cit.*, p. 229.

<sup>1017</sup> MELLO, C. A. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Op. cit.*, p. 8-12.



americana se adaptam à sociedade do risco, expondo o intérprete à realidade social que o circunda no momento de aplicação da norma jurídica.<sup>1018</sup>

Quando se analisa uma norma jurídica, está-se automaticamente a interpretando. Essa interpretação envolve questões não apenas jurídicas (técnicas), mas influências de caráter político, econômico, social, ideológico etc. Na opinião do Dias, “a idéia racional da completude do direito leva à limitação da atuação dos juízes. A lei é elevada a um grau de imenso prestígio, com dose de misticismo e sacralidade em volta de si, tornando-se a única fonte do direito.”<sup>1019</sup> Sobre esse ponto Coelho afirma que

A interpretação jurídica por si só é especificadora de conteúdos gerais (criadora de conteúdos, nesse sentido). Afinal o Direito, enquanto previsão de diretrizes para soluções de situações concretas, é inevitavelmente incompleto, limitado em abrangência e finito temporalmente. Suas incompletudes e limitações precisam ser supridas - e sua finitude temporal superada - caso a caso, para que o Direito cotidianamente tenha eficácia e efetividade.<sup>1020</sup>

O juiz deve se vincular axiológica e teleologicamente ao texto constitucional, num sistema onde as normas permanecem em caráter de latência, até que o magistrado, pela análise de caso concreto, lhe confira um sentido, e crie normas em concreto (sentença). Daí a idéia de criação de conteúdos específicos além do simples ato de interpretar. O fato é que o juiz pode ser visto como um mero aplicador da lei; ou pode ser tratado como um intérprete do Direito, solucionando os conflitos mediante um trabalho hermenêutico com o propósito de encontrar a melhor decisão, assumindo valores contidos no sistema jurídico, além de objetivar intervenções que inovem e atendam às situações concretas que lhes são apresentadas para fins de prestação jurisdicional.

De acordo com Gusmão, “interpretar a lei é determinar o seu sentido objetivo, prevendo as suas conseqüências.”<sup>1021</sup> A interpretação objetiva, segundo o autor, visa o estabelecimento do sentido do texto da lei. A questão normalmente discutida é a de qual seria esse sentido. Alguns dizem ser a vontade do legislador, outros ainda discutem a respeito do método a ser empregado como, por exemplo, o dogmático da Escola da Exegese, ou a livre interpretação do Direito preconizada pela Escola do Direito Livre ou Escola do Direito Alternativo entre outros.

<sup>1018</sup> CASTRO, Raquel Araújo. A hermenêutica constitucional americana na sociedade pós-moderna: uma contribuição para a defesa do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édís Milaré, n. 32, out./dez., 2003. p. 156-57.

<sup>1019</sup> DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 26.

<sup>1020</sup> Coelho, *op. cit.*, p. 253-54.

<sup>1021</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 229.

A interpretação ainda poderá ter sentido amplo ou sentido estrito. Em sentido estrito, a interpretação é caracterizada pela determinação do significado da lei, e pelo desenvolvimento do seu conteúdo sob todos os aspectos; já interpretação em sentido amplo é aquela que compreende também a analogia, ou seja, no caso de lacuna da lei, aplica-se uma mesma norma jurídica, para casos considerados semelhantes.

Com relação à atividade dos intérpretes, Ávila entende que estes constroem significados no exercício de suas funções, e também que não há uma simples subsunção de conceitos prontos anterior ao processo de aplicação do Direito. Mas, o autor admite a existência de traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem jurídica.<sup>1022</sup>

Na opinião de Ferrara, o juiz está submetido às leis, sua função é a de executar as leis e não criá-la; o magistrado deve aplicar o Direito. Contudo, tratando do processo de interpretação desenvolvido pelos juízes, o autor italiano afirma que “a *letra da lei* só era decisiva nos sistemas jurídicos primitivos, possuindo um valor místico e sacramental. Mas com o desenvolvimento da civilização, procura-se hoje a intenção legislativa. O importante é o elemento espiritual, a *voluntas legis*, deduzida das palavras do legislador.”<sup>1023</sup>

Sobre o fato de alguns estudiosos argumentarem que a lei é um texto impresso, rígido e mudo, e que, deste modo, não se poderia falar em *vontade da lei*, porque a lei não quer nem pensa, e somos nós que pensamos e queremos atribuir-lhe um conteúdo intelectual, Ferrara comenta que este raciocínio está eivado por alguns equívocos como, *v.g.*, o fato de que tal raciocínio partiria de um falso conceito da lei, não se admitindo a lei representa um documento que contém um conteúdo de pensamento e de vontade. O doutrinador explica que a lei não tem uma vontade no sentido psicológico, mas encerra “[...] um querido (*voluto*), o resultado da vontade dos órgãos estaduais - a vontade do Estado.”<sup>1024</sup> Neste caso, no lugar da invenção do intérprete, dar-se-ia lugar à descoberta de um Direito que existe em estado latente no próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o juiz poderia aplicar princípios da lei a casos *novos*, ou conferir a princípios da lei um sentido *novo*, desde que não contrarie outras normas, sendo que este seria o limite da atividade do intérprete. Assim, o desvio consciente da lei, ou a vontade de reformá-la ou inová-la representaria atração da função do magistrado. O juiz deve cumprir a sua função cuidando para não invadir os domínios do legislador, respeitando, deste

---

<sup>1022</sup> Ávila, *op. cit.*, p. 24-25.

<sup>1023</sup> FERRARA, Francesco; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Interpretação e aplicação das leis. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1987. p. 112 e 128.

<sup>1024</sup> *Idem*, p. 169; 173.

modo, a separação dos Poderes. Ferrara entende que somente desta forma se poderá alcançar a segurança jurídica que, segundo ele, deve ser preferível em detrimento de uma “hipotética protecção de exigências sociais que mudam ao sabor do ponto de vista, ou do carácter, ou das paixões do individuo.”<sup>1025</sup>

De outro vértice, Gusmão afirma que “a interpretação deve sempre modernizar a lei, porque a posição dogmática, presa à letra da lei, impede soluções jurídicas adequadas ao presente, enquanto a revolucionária cria a possibilidade da ditadura togada, isto é, o abuso do poder jurisdicional, criando o juiz o direito sob o manto da legalidade.”<sup>1026</sup> O objetivo maior seria, então, nos moldes da escola (de interpretação) atualizadora, a atualização da norma, ajustando-a à realidade social. Neste caso, condena-se tanto o pensamento, ou a atuação, retrógrada quanto a revolucionária, o intérprete deve apenas promover a *atualidade*. Segundo Gusmão, o resultado da interpretação deve ser compatível com o sistema jurídico e o texto interpretado, admitindo, dessa forma, um limite *legal* para o intérprete.

Quanto à existência de métodos interpretativos que permitam aos juízes concretizar de maneira legítima e justa a Constituição, Dantas sustenta que, para que isso ocorra, o juiz deverá agir imbuído de *pretensão de correção*, com decisões pautadas em valores (princípios constitucionais/direitos fundamentais) e metodologia jurídica. Neste caso, a interpretação adquiriria características de processo intersubjetivo, numa abordagem racional da hermenêutica, num contexto onde os métodos de interpretação não sejam aplicados isoladamente, mas, combinados de acordo com as necessidades e peculiaridades do caso concreto.<sup>1027</sup>

Tratando dos métodos de interpretação Ferrara ensina que a interpretação, para apreender o sentido da lei, utiliza-se de vários meios. Para o autor, primeiro deve-se buscar tal sentido nas palavras da lei, na sua conexão lingüística e estilística, ou seja, o sentido literal. Porém, diante da vagueza e equívocos da lei o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei. Segundo ele “para se poder dizer que ele corresponde à *mens legis*, é preciso sujeitá-lo a crítica e a *controlo*.”<sup>1028,1029</sup>

Atualmente, no âmbito constitucional, há diversos *métodos de interpretação*. Para Canotilho, por exemplo, os principais métodos hoje discutidos pelos doutrinadores são os

<sup>1025</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>1026</sup> Gusmão, *op. cit.*, p. 229.

<sup>1027</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. *Op. cit.*, p. 240-42.

<sup>1028</sup> Ferrara, F; Andrade, M. A. D. *op. cit.*, p. 138.

<sup>1029</sup> Cabe esclarecer que, com relação esse ponto, Ferrara argumenta que “Não há várias espécies de interpretação. A interpretação é única: os diversos meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinam-se e controlam-se reciprocamente, e assim todos contribuem para a averiguação do sentido legislativo.” In: Idem, p. 131.

métodos clássico, tópico, científico-espiritual, o concretizador e o normativo estruturante, sendo que, para ele, o mais interessante é o método hermenêutico concretizador, pois coincide seus pressupostos com o método da ponderação de bens. O método concretizador tem como principal expositor Konrad Hesse, que sustenta que toda interpretação constitucional é concretização, apresentando-se como um processo criativo, no qual o sentido da norma interpretada só se obtém em face do problema concreto sobre o qual ela incide.<sup>1030</sup>

No método hermenêutico concretizador de Hesse, o operador jurídico deve interpretar mediante procedimento racional, com o propósito de proferir a decisão num problema concreto, de forma a criar certeza jurídica e previsibilidade. Não há que se averiguar a vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjéctiva) do legislador, mas apenas encontra-se uma resposta dada pelo ordenamento, mediante a análise do caso concreto.

De acordo com Hesse, a interpretação constitucional sujeita-se ao princípio da óptima concretização da norma, não podendo este ser aplicado mediante a simples subsunção lógica ou construção conceitual. Ele afirma que “se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição.”<sup>1031</sup> Hesse explica que

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa.<sup>1032</sup>

Contudo, o autor sustenta que “a finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável.”<sup>1033</sup> Se assim não o fosse, resolver-se-ia a tensão entre norma e realidade, em detrimento do próprio direito; por isso, deve-se realizar uma interpretação construtiva dentro desses limites, executando-se a força normativa da Constituição, mantendo-se a sua estabilidade.

<sup>1030</sup> Sarmiento, *op. cit.*, p. 62-63.

<sup>1031</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22.

<sup>1032</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>1033</sup> *Ibidem*.

Pelo método integrativo ou científico-espiritual de Rudolf Smend, a interpretação constitucional deverá captar o espírito do conteúdo axiológico último da ordem constitucional; e o sentido e a realidade da Constituição como elemento do processo de integração. A teoria da integração de Smend se baseia em valores efetivamente vivenciados, como componentes determinantes do processo integrador. Aqui, a função precípua da interpretação da Constituição é a de orientar-se no sentido e realidade da Lei Maior.

Já no método normativo-estruturante, desenvolvido, sobretudo por Friedrich Müller, a interpretação é realizada levando-se em conta a teoria da norma jurídica e a própria Constituição e sua dogmática. O objeto a ser concretizado são os princípios constitucionais, que não podem ser interpretados isoladamente, mas com prevalência dos critérios sistemático e teleológico.<sup>1034</sup> Quanto à teoria estruturante do Direito, Bonavides comenta que depois da Teoria Pura do Direito (Kelsen), e da Tópica e Jurisprudência (Viehweg), o livro de Direito mais importante que se imprimiu na Alemanha é a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller. Nas palavras do constitucionalista, o livro de Müller

[...] cuja aparição, nesta fase de pós-positivismo, desvenda, com a combinação metodológica da realidade fática, do programa da norma e do círculo normativo, o sentido estrutural e integrativo do Direito, conciliando, fora do mero sincretismo e das convergências aparentes, os aspectos usualmente desmembrados da norma, do fato e do valor.<sup>1035</sup>

De fato conciliar fato, valor e norma representa um caminho adequado para a maximização da eficácia das normas jurídicas, representando um grande benefício para a sociedade. Destaque-se que o método normativo-estruturante privilegia a interpretação sistemática e teleológica, pois os métodos tradicionais revelam complementaridade e entrelaçam-se, reforçando-se materialmente. De acordo com Dantas, “concretizar a Constituição significa não encarar a Lei Maior como um *texto simbólico*, sem vigência social; por isso deve-se adotar uma metódica integrativa que una o programa normativo (dados lingüísticos) e o âmbito normativo (dados reais) na construção da norma constitucional.”<sup>1036</sup>

O método de interpretação sistêmico ou sistemático destaca-se, nesta oportunidade, pois, a noção de sistema, no sentido jurídico, envolve não apenas um conjunto de normas jurídicas, mas questões como o equilíbrio social, a manutenção da ordem e do próprio ordenamento. Nestes termos, Scuro Neto afirma que

<sup>1034</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. *Op. cit.*, p. 255-59.

<sup>1035</sup> Bonavides, *op. cit.*, p. 208-09.

<sup>1036</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. *Op. cit.*, p. 268.

De maneira geral, sistema indica um conjunto no qual os conceitos se caracterizam por sua coerência interna e vinculação, assim como por referência à totalidade. Nada é isolado, tudo é relacionado, as partes têm sentido apenas na sua relação com o todo. O “geral” se dá no “particular”, ou, o que é a mesma coisa, o todo está contido e se expressa obrigatoriamente nas partes.<sup>1037</sup>

Hans Kelsen apresentou a idéia de unidade do sistema na sua Teoria Pura do Direito, quando da explicação do ordenamento jurídico como um conjunto de normas caracterizado pela coerência e unidade. Partindo-se da perspectiva sistêmica, as relações entre as normas do ordenamento jurídico são de essencial importância para o trabalho de interpretação.

Assim, o método de interpretação sistêmico serve para esclarecer pontos obscuros de determinada norma, por meio de outras normas, sobretudo as que versem sobre o mesmo assunto ou tema analisado. Aqui, Scuro Neto assinala que a técnica a ser utilizada “[...] requer que a ‘fonte’ em que se fundamenta a solução do problema seja interpretada em função da instituição jurídica de que faz parte, uma vez que a ‘fonte’ só o é em função do todo a que pertence.”<sup>1038</sup>

Canaris esclarece que, no âmbito da prevenção de contradição de valores, o significado prático do sistema não vale somente para se saber se o Direito deve ser aperfeiçoado, mas também para se saber como deve ocorrer tal aperfeiçoamento. Isso porque no momento da concretização da lei, não são suficientes princípios jurídicos formativos para a preservação da unidade interior de uma ordenação sistemática.<sup>1039</sup>

Já a *tópica* defini-se como uma técnica aberta que pode servir se recurso interpretativo das normas jurídicas, que uma forma de raciocínio que se dá por questionamentos sucessivos em torno da relação pergunta/resposta. Assim, na insuficiência de outros meios de interpretação, como em casos de lacunas, por exemplo, o juiz poderá valer-se dos *topoi*, ou seja, de pontos de vista que orientam e facilitam a sua argumentação, à luz daquilo que está inserido nos autos do processo.<sup>1040</sup>

<sup>1037</sup> SCURO NETO, Pedro. *Manual de sociologia geral e jurídica: lógica e método do direito, problemas sociais, comportamento criminoso, controle social*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 65.

<sup>1038</sup> Idem.

<sup>1039</sup> Canaris, *op. cit.*, p. 175. O autor exemplifica dizendo que “(...) o princípio da ponderação dos bens só conduz a normas susceptíveis de subsunção através da sua inclusão dogmática na causa de justificação do estado de necessidade ‘supra legal’ - no qual esta ordenação sistemática é de relevância prática imediata, ou a propósito da possibilidade de legítima defesa contra uma actuação em estado de necessidade ou da questão de uma pretensão delitual contra o que agiu em estado de necessidade. Também com referência a isso surge a concretização do princípio da protecção da personalidade. Também aqui, (...) o princípio da limitação da tutela delitual a direitos absolutos, teria exigido que não se elaborasse um direito de personalidade ‘geral’ do tipo das cláusulas gerais, mas antes, em vez dele, direitos de personalidade assentes em previsões firmes.”

<sup>1040</sup> OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. *A tópica como método de interpretação constitucional aplicável a direitos e garantias fundamentais*. Endereço: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=33>. Acesso em: 23/05/2007.

Na opinião de Canaris, não há oposição exclusivista entre os pensamentos tópico e sistemático, pois eles se complementam mutuamente. Tais pensamentos não estariam isolados um com relação ao outro, mas se interpenetrariam reciprocamente. O autor assinala que nos casos de lacunas,

[...] a tópica nada mais é aqui do que um meio auxiliar tratando-se então de substituir o mais depressa possível os inseguros tópicos por claras valorações, isto é, de determinar sistematicamente a resolução. Mas também na concretização de cláusulas gerais carecidas de preenchimento com valorações, nas quais a tópica é bem mais de que um mero auxiliar, surge uma tendência clara para sistematização.<sup>1041</sup>

De outro vértice, o método de interpretação sociológico começou a ser desenvolvido no século XIX, em função das intensas transformações sociais. Buscava-se, na época, métodos simples e práticos para a resolução dos problemas. Scuro Neto comenta que o *espírito da época* influenciou também o Direito “[...], por intermédio do positivismo analítico e histórico, de Savigny e Maine, por meio da interpretação econômica da relação entre o sistema político e o sistema judicial (Marx), e, posteriormente, as várias facetas da assim chamada, apropriada ou inapropriadamente, ‘jurisprudência sociológica’.”<sup>1042</sup>

De acordo com o método sociológico, o Direito e as normas provêm do grupo social, e a sociedade é a responsável pela evolução do sistema normativo, conforme necessidades e interesses nela contidos. No método sociológico, a normatividade não é estável nem perpétua, ela muda com o Direito num movimento de influência recíproca. É por este motivo que a interpretação jurídica não pode estar dissociada da realidade social, sob pena de a norma perder a sua eficácia, ou seja, não cumprir o seu objetivo no plano dos fatos. Sobre ponto, Serrano comenta que “como ciência social, o Direito estuda a atividade do ser social, e, por isso mesmo, junto aos fatores sociais, a doutrina e a jurisprudência são consideradas fatores decisivos durante o processo de interpretação das leis.”<sup>1043</sup>

Dias entende que o intérprete, ao atualizar o fato paradigmático será levado à realidade social. Neste caso, ele seria conduzido à avaliação de dados sociológicos, populacionais, da violência urbana, de inadimplência de consumidores, entre outros; dados estes que, segundo o autor, possibilitarão, ao intérprete, a adaptação do fato jurídico precedente ao fato jurídico atual submetido a julgamento, sendo que estes dados ou elementos

<sup>1041</sup> Canaris, *op. cit.*, p. 273-74.

<sup>1042</sup> Scuro Neto, *op. cit.*, p. 67.

<sup>1043</sup> Serrano, P. J. *Interpretação jurídica. Op. cit.*, p. 82.

informativos serão de grande utilidade na atividade interpretativa.<sup>1044</sup> Portanto, a norma deve ser contextualizada na realidade social a que ela se destina.<sup>1045</sup>

Por fim, além da utilização dos métodos de interpretação, com o propósito de se buscar respostas para os problemas dos jurisdicionados, de modo a adequar as normas jurídicas à realidade social dos mesmos, atenta-se para a importância dos *princípios jurídicos* dentro do processo hermenêutico, assunto que se tratará a seguir.

#### 4.6.2 Os princípios na interpretação jurídica

No trabalho interpretativo, o intérprete utiliza alguns critérios ou ferramentas, com o propósito de conferir determinado sentido à norma jurídica, resolvendo a questão de Direito. Friede afirma que, primeiro deve-se descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; depois disso, deve-se desvendar o alcance e extensão que é concedida àquela regra. Este processo realiza-se por meio de técnica proveniente da Sociologia; de regras da hermenêutica, num processo hermenêutico dinâmico e cíclico, que alimenta os próprios métodos de interpretação, realizando a sistematização dos processos para determinar o sentido e o alcance real das expressões do Direito.<sup>1046</sup>

Tradicionalmente, os princípios gerais do Direito devem ser utilizados quando houver lacuna no ordenamento jurídico; isso com a condição de que esta não possa ser sanada por analogia. Contudo, não é fácil o reconhecimento de tais princípios. Sobre esse ponto Gusmão comenta que

A solução, a nosso ver, só pode ser alcançada pelo jurista que dominar direito vigente, do qual deve ter uma idéia dos princípios generalíssimos do direito, comuns ao Direito privado e ao direito público, como, por exemplo, é o caso do princípio *pacta sunt servanda* (cumpram-se os pactos) comum ao direito dos contratos e ao direito internacional.<sup>1047</sup>

Serrano destaca que, na maioria das legislações, os princípios gerais do Direito são fontes deste, sendo considerados critérios gerais que informam e possibilitam a integração das normas jurídicas. Mas, para ele, tais princípios não representam critérios diretivos, nem juízos

<sup>1044</sup> Dias, J. L. F. *O efeito vinculante*: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>1045</sup> Destaca-se que a interpretação sociológica da norma pode ser realizada por meio da análise sociológica dos termos contidos na mesma. Neste caso, normalmente cita-se o exemplo da expressão “mulher honesta”, expressão esta que não possui a mesma significação em todas as regiões ou classes sociais etc. Este tipo de interpretação ainda pode ser realizado por meio da definição da função pragmática da norma no momento da sua aplicação.

<sup>1046</sup> FRIEDE, Roy Reis. Sumula vinculante: desnecessidade e redundância. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Publicas*. São Paulo, v. 4, n.15, p. 217-19, abr./jun., 1996. p. 153-54.

<sup>1047</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 238.



de valor, nem são ditados da razão. São autênticas normas jurídicas no sentido de que fornecem modelos de conduta como, por exemplo, a dignidade e o respeito das pessoas; o dever de indenizar os danos culposos; o dever de restituir o enriquecimento injusto etc.<sup>1048</sup>

Já os princípios de Direito, e não somente os princípios gerais, exercem um papel fundamental na condução das lides jurídicas, sendo que estes organizam e direcionam a prestação jurisdicional. Aqui, Dinamarco comenta que “na verdade, o que caracteriza os princípios é que eles não estabelecem um comportamento específico, mas apenas uma meta. Eles enunciam uma linha para a interpretação das leis. E é justamente a ausência de um significado rígido que toma os princípios tão duradouros.”<sup>1049</sup>

Sobre esse ponto, o autor adverte que é vedado ao intérprete alterar ao significado de um princípio constitucional em razão de alguma alteração legislativa, pois é a lei que deve adaptar-se ao perfil constitucional, sob pena de inconstitucionalidade. Mas, na hipótese em que - para a efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional - for necessário cometer simples arranhões em algum princípio, ou interpretá-los evolutivamente sem extremos, o intérprete deve fazê-lo, já que a interpretação da lei e da Constituição deve acompanhar a evolução da sociedade.<sup>1050</sup>

Dantas observa que o princípio da força normativa da Constituição ressalta os pontos de vista que contribuem para uma eficácia ótima da Lei Maior, operacionalizando-se mediante a interpretação da norma constitucional, de modo a lhe atribuir o sentido que maior eficácia lhe confira, não havendo espaço para meras exortações morais, recomendações vazias ou promessas a serem atendidas no futuro.<sup>1051</sup>

Na atividade do intérprete, ainda importa destacar o princípio da concordância prática ou harmonização. De acordo com Dantas, este princípio impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos conflitantes, com o propósito de se evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros, havendo uma imposição de limites e condicionamentos recíprocos para se assegurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens, destacando-se o princípio da proporcionalidade. O autor ainda assinala que, pelo princípio da unidade da Constituição, além de não haver hierarquia que possa estabelecer *a priori* uma relação de prioridade entre princípios, o intérprete ainda deve descobrir como poderá atingir a *concordância prática* entre os valores em conflito.<sup>1052</sup>

---

<sup>1048</sup> Serrano, P. J. *Interpretação jurídica*. Op. cit., p. 65.

<sup>1049</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. Op. cit., p. 72.

<sup>1050</sup> Idem, p. 72-73.

<sup>1051</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. Op. cit., p. 272-73.

<sup>1052</sup> Idem, p. 273.

Nestes termos, Derani explica que a proporcionalidade expressa uma medida ou uma relação entre dois objetos, sendo que nada é em si proporcional ou desproporcional, isso só ocorre quando o objeto é comparado ou relacionado a outro. Segundo a autora, o princípio da proporcionalidade não possui conteúdo próprio, trata-se de um princípio orientador, um instrumento na busca do justo.<sup>1053</sup>

De acordo com Derani, a ponderação não pode eliminar o conteúdo substancial dos princípios e dos direitos fundamentais. Isso porque não há conteúdo absoluto geral e *a priori* dos princípios, e o princípio da proporcionalidade, neste caso, significa a busca da ação mais ajustada capaz de implementar ao máximo os direitos fundamentais para aqueles que dele mais necessitam.<sup>1054</sup>

O princípio de proporcionalidade não existe no Direito brasileiro enquanto norma geral de direito escrito. A sua noção é proveniente de outros princípios que lhe são afins, entre os quais o princípio da igualdade. Trata-se, portanto, de um princípio constitucional implícito. O *caput*, do art. 37, da Constituição Federal, estabelece que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Cuida-se de princípios constitucionais, com o fim de não permitir os excessos, inclusive o Poder Judiciário não poderá derrogar os valores ali inscritos.

Na opinião de Bonavides, uma democracia participativa passa pela criação de premissas metodológicas de uma nova hermenêutica constitucional, fundamentada em valores e princípios; assim como uma reelaboração doutrinária e científica da norma jurídica. Esse processo dar-se-ia pela *tópica*, ou *nova retórica*, iniciando-se um novo caminho para o conhecimento do Direito, valendo-se das vias argumentativas. A idéia é de se repensar o problema atual, sempre buscando ligar as soluções normativas à *práxis* e à realidade.<sup>1055</sup>

Para Gomes Canotilho o princípio geral de interpretação é representado pelo princípio da interpretação conforme a Constituição. Para o constitucionalista

O princípio tem sido interpretado no sentido do favor *legis*, no plano do direito interno, e do *favor conventionis*, no plano do direito internacional. Consequentemente, uma lei ou um tratado só devem ser declarados inconstitucionais quando não possam ser interpretados conforme a constituição.<sup>1056</sup>

<sup>1053</sup> Derani, C. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. *Op. cit.*, p. 161-63.

<sup>1054</sup> *Idem*, p. 169.

<sup>1055</sup> Bonavides, *op. cit.*, p. 206-07.

<sup>1056</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 1294.

No Brasil, a Constituição ocupa posição hierárquico-normativa superior no ordenamento jurídico. Uma diferença - entre as normas constitucionais e demais normas do ordenamento jurídico - é o caráter aberto e a própria estrutura de muitas normas constitucionais que, segundo Canotilho

[...] obrigam à mediação criativa e concretizadora dos “intérpretes da constituição”, começando pelo legislador (primado da competência concretizadora do legislador) e pelos juízes, sem esquecermos hoje o primordial papel concretizador desempenhado pelo governo quer na sua qualidade de órgão encarregado da “direcção política” quer na qualidade de órgão que dirige, superintende e/ou tutela a administração pública.<sup>1057</sup>

Neste caso, o princípio da interpretação conforme a Constituição seria um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais, a fim de se determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Seria, então, um *princípio de prevalência normativo-vertical* ou de *integração hierárquico-normativa*, e não um mero princípio de conservação de normas. Todavia, na aplicação de tal princípio deve-se respeitar as relações entre os órgãos legislativos e jurisdicionais, além do fato de que o citado princípio só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei, mas nunca uma *revisão do seu conteúdo*.<sup>1058</sup>

Portanto, o princípio da interpretação conforme a Constituição limitar-se-ia à vontade do legislador, sendo impossível a *reconstrução* de uma norma por meio de interpretação, privilegiando-se a supremacia constitucional em face das demais leis.

Atenta-se, também, para a importância do *princípio da razoabilidade* no exercício da função jurisdicional. De acordo com Dinamarco,

O princípio da razoabilidade não está expressamente contido na Constituição ou em qualquer norma jurídica. Mas ele assume grande relevância, especialmente para harmonizar os demais princípios. Como o próprio nome diz, é preciso que haja razoabilidade na aplicação do Direito. É necessário o bom-senso.<sup>1059</sup>

Após esta breve análise, verificou-se que a doutrina apresenta-se atenta à função que os princípios jurídicos desempenham no processo interpretativo e, sobretudo, quanto à finalidade de se aproximar o trabalho hermenêutico à realidade apresentada no caso concreto.

<sup>1057</sup> Idem, p. 1136.

<sup>1058</sup> Ibidem, p. 1294-95.

<sup>1059</sup> Dinamarco, P. S. *Ação civil pública*. Op. cit., p. 121. Nestes termos, Dinamarco entende que uma lei não razoável é contrária ao Direito e deve ser eliminada pelo Poder Judiciário. Além disso, o autor exemplifica o *princípio da razoabilidade*, citando o fato de que “todos admitem com certa tranquilidade a constitucionalidade do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, não há violação ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, apesar de ser dito que certas sentenças não produzirão coisa julgada.” In: Dinamarco, op. cit., p. 122.

Os métodos de interpretação e os princípios representam instrumentos à disposição dos operadores jurídicos, apresentando-se como importantíssimas ferramentas de trabalho para os juízes de Direito, no exercício de aplicação da lei, assunto que se tratará no próximo subitem.

### 4.6.3 A hermenêutica na atividade judicante

A hermenêutica e todos os instrumentos que a compõe são de suma importância na atividade judicante, pois é mediante o processo hermenêutico que o julgador proferirá a solução do conflito, de acordo com cada caso concreto que lhe é apresentado. Com relação à atividade judicante, Ferrara assinala que

[...] a antítese comum entre factos da causa e normas de Direito não é exaustiva, visto como entre aqueles e estas devem pôr-se os princípios de experiência, que são princípios de conteúdo geral, tirados duma multidão de observações, e que o juiz pode utilizar directamente ao sentenciar, ou pode conseguir pela cooperação das partes, servindo-se dos meios processuais.<sup>1060</sup>

O Direito, incluindo aqui a função judicial, apresenta o seu carácter político que produz reflexos na decisão dos julgadores por meio da interpretação e da aplicação do mesmo. Neste caso, Dantas afirma que “de fato, o intérprete constitucional é chamado a valorar motivos (v.g., para aferir da licitude de atos administrativos).”<sup>1061</sup> O autor explica que essa valoração é realizada mediante critérios pessoais do julgador, porém sob enfoque político/ideológico, e por vezes até mesmo psicológico, veiculado na Constituição por meio dos princípios, que, por sua vez, são princípios políticos inseridos no texto constitucional.

Referindo-se à superação da decisão judicial (aquela vista como conseqüência da lógica formal dedutiva, despojada de carácter axiológico ou extra-jurídico) - Cavedon sustenta que, a superação de tal decisão “[...] adquire potencial criador e transformador, para fazer frente à complexidade dos Conflitos Jurídicos submetidos à apreciação judicial e a crescente necessidade de dar concretização a novos direitos, como os direitos difusos de ordem ambiental.”<sup>1062</sup>

A autora destaca que conflitos jurídico-ambientais têm suas peculiaridades, o que pode ensejar algumas dificuldades para a sua inserção no sistema jurídico-institucional, sobretudo com relação aos conflitos provenientes de situações de injustiça ambiental, pois, nestes, alguns grupos suportam parte desproporcional de riscos e custos ambientais, com

<sup>1060</sup> Ferrara, F; Andrade, M. A. D. *op. cit.*, p. 187.

<sup>1061</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos. Op. cit.*, p. 220.

<sup>1062</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. viii.

déficits de cidadania ambiental, reduzindo-se as possibilidades de influência nos processos decisórios. Os obstáculos ainda se configurariam pelas próprias características do bem jurídico *meio ambiente*, quanto à sua proteção e reparação; podendo haver divergências quanto à caracterização dos conflitos incidentes sobre tais bens; além de novos desafios para a sua composição na via judicial, surgindo a necessidade de uma releitura da decisão judicial, dos poderes do juiz, dos princípios de justiça e dos próprios fundamentos da decisão.<sup>1063</sup>

Por seu turno, Dantas observa que, apesar de o juiz gozar de certa discricionariedade e politicidade, ele não detém o poder político, já que não possui competência para a realização de atos de governo, ou para lançar diretrizes objetivos sociais ou econômicos. Por isso, as decisões judiciais *legítimas* devem ser fundamentadas em argumentos jurídicos, e não em argumentos políticos como, *v.g.*, a conveniência ou a oportunidade de se conceder a tutela da pretensão, sob pena de ofender ao princípio da separação dos Poderes.<sup>1064</sup>

Sobre esse ponto, Prado sustenta que os juízes se valem da intuição ou sentimento no embasamento de suas sentenças. Outros fatores (jurídicos etc.) também concorrem para a elaboração da sentença, mas a personalidade do magistrado, e as suas experiências anteriores - que podem acarretar *reações inconscientes* favoráveis ou desfavoráveis - têm grande relevância nesse processo. Segundo a autora, isso acontece porque o juiz é partícipe da vida comum, e, como tal, é detentor de valores que incidem sobre a sua personalidade. Por isso, é que a neutralidade significa se colocar na posição das pessoas em litígio.<sup>1065</sup>

Além disso, Prado adverte que a exigência legal de uma conduta privada irrepreensível torna o magistrado muito crítico em relação a pessoas com comportamentos flexíveis. O poder de decisão do destino alheio a ele confiado pode torná-lo prepotente, revelar-se desumano, mero técnico eficiente de pouca humildade, distante das dores e dos sofrimentos humanos.<sup>1066</sup> Fagúndez sustenta que não existe *mágicas* para se extrair a *verdade* do texto legal. Por isso, o autor alega que “[...] há a necessidade de uma hermenêutica nova, revolucionária, que reconheça a complexidade da tarefa do julgador. E que reconheça o juiz humanamente presente no ato de interpretar.”<sup>1067</sup>

Cappelletti, por seu turno, destaca que o texto legislativo sempre deixa espaço para variações e nuances, para o exercício da criatividade interpretativa. Deste modo, seria

<sup>1063</sup> Idem, p. 358-59.

<sup>1064</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. *Op. cit.*, p. 227-28.

<sup>1065</sup> Prado, *op. cit.*, p. 19-22.

<sup>1066</sup> Idem, p. 22.

<sup>1067</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003. p. 135-36.

intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou mesmo um elemento de discricionariedade, de escolha; o que não representa total liberdade do intérprete, já que discricionariedade não representa necessariamente arbitrariedade, e o juiz inevitavelmente cria o Direito, porém esta criação não é destituída de vínculos, ao contrário há limites tanto processuais quanto substanciais ao magistrado. O autor ainda assinala que o juiz não pode se esconder atrás desta qualidade; já que o seu trabalho envolve responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, para o exercício de uma escolha ou opção.<sup>1068</sup>

Cavedon entende que o Poder Legislativo não representa a única fonte de criação do Direito, esta também poderá estar presente nas decisões que envolvem os complexos conflitos sociais, produzindo-se normas válidas para o caso concreto, além da reinterpretação de normas e institutos jurídicos já existentes, e criação de novos comandos jurídicos. A autora destaca que “[...] a Decisão Judicial, na sua acepção criadora e transformadora, configura-se como instrumento de realização da Justiça Ambiental, estando apta, se desapegada da lógica dedutiva clássica, a restabelecer a proporcionalidade na distribuição de riscos, benefícios e poder em matéria ambiental.”<sup>1069</sup> Para Cavedon,

A ampliação dos poderes do juiz na apreciação dos Conflitos Jurídico-Ambientais, portanto, está diretamente vinculada à indisponibilidade do bem ambiental e a configuração do direito ao meio ambiente como um direito fundamental, bem como à uma maior liberdade na produção e apreciação das provas, desfazendo o mito da estrita vinculação do Direito Ambiental à técnica e à ciência.<sup>1070</sup>

De acordo com Cappelletti, frequentemente os parlamentos são deveras empenhados em questões e discussões de política geral e partidária, para dar respostas rápidas às demandas. Paradoxalmente, eles se atribuem tantas tarefas que, para evitar a paralisia, precisam transferir grande parte da sua atividade. Esta é transferida, sobretudo, ao Executivo, que realiza tarefas normativas e administrativas. Segundo o autor, isso representaria uma crise da contemporaneidade, onde há um Legislativo e Executivo gigantes, chamados a intervir em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade, este último apresentando-se excessivamente e potencialmente repressivo. Neste caso, os magistrados teriam a opção de manterem-se fiéis à concepção tradicional, típica do século XIX, nos moldes dos limites da função jurisdicional; ou poderiam se elevar ao nível dos demais Poderes, controlando os gigantescos Legislativo e Executivo.<sup>1071</sup>

<sup>1068</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 22-33.

<sup>1069</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. 274.

<sup>1070</sup> *Idem*, p. 280.

<sup>1071</sup> Cappelletti, M. *Juízes legisladores?* *Op. cit.*, p. 43-47.

Com relação ao problema da legitimação democrática da criatividade jurídica da magistratura - caracterizada pela tradição de independência política e isolamento - o doutrinador assinala que os poderes políticos apresentam notável dose de *incompetência institucional*, com legisladores demagogos, ou mesmo em razão dos que não sabem valorar de forma equilibrada os custos e benefícios do sistema. Neste ponto, os juízes seriam menos vulneráveis às pressões da demagogia eleitoral de caça aos votos, e também com relação às prioridades mais específicas, impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais os *políticos* encontram-se normalmente ligados.<sup>1072</sup>

Mesmo admitindo que tanto o conservadorismo judiciário, quanto o ativismo, podem, em dados momentos, representar uma forma de compromisso partidário, no sentido de parcialidade, Cappelletti defende que o Judiciário não é destituído de representatividade, já que há certa rotatividade no âmbito da magistratura; além da existência de certa *exposição* dos tribunais superiores ao público, e conseqüente controle por parte da coletividade, exigindo, tal fato, mais responsabilidade perante a comunidade do que muitos entes e órgãos administrativos, não expostos a tal fiscalização continuada.<sup>1073</sup>

Dworkin assinala que, numa descrição bem geral, numa democracia o poder está nas mãos do povo, mas nenhuma democracia ofereceria uma autêntica igualdade de poder político. Seja qual for o motivo, muitos cidadãos apresentam-se destituídos de privilégios, e outros detêm poder político, econômico etc., em razão das mais variadas circunstâncias.<sup>1074</sup> Deste modo, o autor conclui que

O acesso aos tribunais pode ser caro, de modo que o direito de acesso é, dessa maneira, mais valioso para os ricos do que para os pobres. Mas como, normalmente, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres.<sup>1075</sup>

Portanto, teoricamente, os membros das minorias organizadas teriam maiores vantagens neste caso, já que o viés majoritário do legislativo funcionaria mais rigorosamente contra eles, sendo mais provável que os seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Assim, as minorias podem adquirir poder político na medida em que os tribunais assumem a defesa dos direitos individuais como uma responsabilidade especial. A garantia de acesso aos tribunais, e a fundamentação das decisões são absolutamente necessários para que isso ocorra. O autor

<sup>1072</sup> Idem, p. 89- 92.

<sup>1073</sup> Ibidem, p. 96; 99.

<sup>1074</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 31.

<sup>1075</sup> Idem, p. 31-32.

ainda afirma que “[...] não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal.<sup>1076</sup> Por seu turno, Castro argumenta que

A sentença judicial fundamenta-se no preceituado em código, na jurisprudência e na doutrina, mas liga-se diretamente à configuração educacional do julgador e às convicções grupais predominantes. Tanto os legisladores quanto os julgadores são pessoas configuradas social, cultural, economicamente, isto é, têm uma origem e pertencem a uma classe social. As convicções pessoais integram as decisões. Mesmo supondo-se a competência, a honestidade, o espírito de justiça, não se podem excluir os componentes totais da personalidade.<sup>1077</sup>

Com relação ao ativismo judicial, segundo Dantas, na ideologia estática, este é sinônimo de insegurança e instabilidade; opondo-se à ideologia dinâmica que considera a interpretação como instrumento de adaptação do Direito às necessidades presentes e futuras da vida social. Neste caso, o intérprete deve considerar as características estruturais e, principalmente, funcionais da sociedade, afastando a atuação asséptica, insípida, tecno-formal do intérprete-juiz, já que este deverá satisfazer as necessidades socialmente reconhecidas sem, contudo, julgar movido pelo *clamor público* ou pela influência da imprensa.<sup>1078</sup>

Nestes termos, Cappelletti, afirma que o Judiciário razoavelmente independente de caprichos (momentâneos), pode conferir grande contribuição à democracia, mostrando-se um Poder suficientemente ativo, dinâmico e criativo, capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos; além de conferir controles adequados perante os outros centros de poder (não governamentais ou quase-governamentais), tão típicos das sociedades contemporâneas.<sup>1079</sup>

Destaque-se que, o fato de o juiz ter os seus valores, ideologia, ou traços específicos de personalidade -ou o fato de o magistrado estar sempre em contato com interesses contrários, e ter que realizar complexas apreciações de interesses, - não o exime de realizar o seu julgamento utilizando os instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico vigente. Neste caso, percebe-se a importância do conhecimento profundo das leis pelo aplicador do Direito. É este conhecimento atualizado que dará as condições necessárias para a aplicação do *melhor* Direito.

---

<sup>1076</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>1077</sup> Castro, C. A. P. *Sociologia aplicada ao direito*. Op. cit., p. 171.

<sup>1078</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. Op. cit., p. 219-20.

<sup>1079</sup> Cappelletti, M. *Juízes legisladores?* Op. cit., p. 107.



Quanto ao desempenho dos juízes dentro da estrutura do Poder Judiciário, trata-se de um tema fundamental para o bom resultado dos trabalhos desenvolvidos no âmbito daquele Poder. Sobre esse assunto, Coelho afirma que

Perspectivas tradicionais a respeito da atividade julgadora, na linha do pensamento positivista, preconizavam o juiz como a “boca da lei”, como um mero aplicador daquilo que estiver positivado. Neste sentido, o juiz se enquadraria quase como uma engrenagem asséptica de um sistema operacional. A função do julgador seria de mera aplicação silogística do estabelecido em lei para os conflitos concretos da sociedade.<sup>1080</sup>

Mas o juiz é um intérprete das leis e, neste sentido, têm a responsabilidade de utilizar a hermenêutica com o propósito do julgamento *justo*. A atividade judicante, sendo visualizada desta maneira, confere, certamente, maior transparência e responsabilidade àqueles que a realizam.

O Estado do bem-estar social ainda não foi estabelecido no Brasil. Todavia, a proteção do meio ambiente não pode e não deve ser negligenciada, e nesse aspecto o Poder Judiciário pode desempenhar um papel importante, até mesmo de educação ambiental. Neste caso, idéias de neutralidade do juiz, por exemplo, devem ser revistas a fim de que a proteção ambiental seja eficaz, já que as normas constitucionais precisam ter efetividade, e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser resguardado para as gerações presentes e futuras.

Sobre a questão da justiça no âmbito da atividade judicante, Silva argumenta que

A elaboração de um conceito de Justiça depende da visão do universo de quem o elabora. Isso se aplica tanto ao que se entende por macrojustiça (princípios gerais de justiça), mesojustiça (questões específicas mas suficientes para um impacto global - v.g. educação e políticas sociais) e microjustiça (relativa a questões locais, específicas).<sup>1081</sup>

A justiça seria, portanto, um valor relativo, assim como a moral, apresentando-se como um problema a ser tratado junto à Sociologia e Filosofia do Direito, pois ao Direito positivo interessa o binômio lícito/ilícito, e não o justo/injusto.<sup>1082</sup>

Nesse sentido, Arce e Valdés entendem que a justiça, como princípio geral do Direito, não pode enunciar-se como algo rigoroso e hierático, mais como um conceito flexível e humano. A justiça consistiria num dos critérios de organização e comportamentos sociais e

<sup>1080</sup> Coelho, *op. cit.*, p. 243.

<sup>1081</sup> SILVA, Anderson Furlan Freire da. Ativismo judicial em matéria ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito ambiental em evolução*. Vol. 3. Curitiba: Juruá, 2003. p. 64.

<sup>1082</sup> Idem, p. 65.

interindividuais que incorporam uma formação de perfeccionismo e transformação e, em nenhum momento histórico pode considerar-se como completa e perfeitamente realizada.<sup>1083</sup>

Para os autores, a justiça que informa o Direito deve ser substancialmente dinâmica, material e operativa, pois ela comporta exigências de realização singular (justiça do caso concreto), ainda que a prestação inicial do Direito tenha que se sustentar na generalidade.<sup>1084</sup>

De outro vértice, Friede entende que aos juízes não compete a realização da justiça de forma subjetiva e absoluta, já que o único poder outorgado aos magistrados é a prestação da tutela jurisdicional, com o poder de interpretação e aplicação das normas jurídicas, restringindo o resultado final de *justiça* na sua acepção básica, objetiva e concreta, dependente da preexistência de um direito justo. O autor sustenta que o juiz deve aplicar as normas jurídicas, como natural imposição da segurança das relações sociojurídicas, privilegiando, além da dimensão do valor da justiça, fundamentalmente a segurança dessas relações.<sup>1085</sup>

Dworkink, por seu turno, entende que as afirmações interpretativas proferidas seja por críticos ou por juristas, possui dada estrutura de modo que “cada intérprete encontra não apenas restrições e padrões para a interpretação, mas as circunstâncias essenciais dessa atividade, os fundamentos de sua capacidade de conferir sentido distinto aos juízos interpretativos.”<sup>1086</sup> O autor ainda afirma que um argumento cético sobre a moralidade representa um argumento moral; um argumento cético sobre o Direito representa um argumento jurídico; e, da mesma forma, um argumento cético sobre a interpretação corresponde a um argumento interpretativo. Isso porque o problema da objetividade seria um artil. Dworkink explica que

[...] a questão do que “independência” e “realidade” constituem, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática, de modo que a questão de se os

<sup>1083</sup> ARCE, Joaquín; VALDÉS, Flórez. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 152-53, tradução nossa. (La justicia, en efecto, como principio general del Derecho, no puede enunciarse como algo rigorista y hierático, sino que es un concepto flexible y humano. [...] La justicia consiste, básicamente, en unos criterios de organización y comportamientos sociales e interindividuales que, lejos de venir dados de una vez y para siempre, incorporan una vocación de perfeccionamiento y de transformación y -según expresa HERNÁNDEZ GIL, a quien seguimos en esta exposición - en ningún momento histórico puede considerarse como completa y definitivamente realizada.)

<sup>1084</sup> Idem, p. 154-55, tradução nossa. (La justicia que informa al Derecho debe ser concebida como algo sustancialmente dinámico, material y operativo; no sólo como un concepto abstracto y formal. De suyo, comporta unas exigencias de realización singular (justicia del caso concreto), aunque la pretensión inicial del Derecho haya de sustentarse en la generalidad. Pero precisamente en la necesidad de cohonestar la necesaria universalidad de la norma jurídica con su singular realización es donde encuentra su campo propio la equidad, institución que se ha podido calificar de “compañera inseparable de la justicia”, porque realmente trata de hacer ‘legal’ este valor al casuismo de las relaciones jurídicas. Vamos a tratar de ver cómo opera la equidad en relación a la justicia, porque ello contribuye a aclarar el concepto que nos proponemos.)

<sup>1085</sup> Friede, R. R. *Sumula vinculante: desnecessidade e redundância*. *Op. cit.*, p. 44-48.

<sup>1086</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 253.

juízos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa. Isso ameaça tornar o ceticismo não inevitável, mas impossível.<sup>1087</sup>

Segundo Cavedon, a fundamentação das decisões judiciais (revestidas de caráter criativo) - no âmbito dos conflitos jurídico-ambientais – na justiça ambiental<sup>1088</sup> possibilita a sua inclusão ao sistema jurídico-ambiental, aptos a produzirem novos elementos do sistema. Haveria, para que isso ocorra, uma releitura do sistema, mantendo-se a sua coerência e unidade, promovendo-se a reinterpretção dos demais elementos sob a égide da daquela justiça. Para ela, o atual *déficit* de cidadania deverá ser sanado por meio dos elementos caracterizadores do Estado de Direito do Ambiente, possibilitando-se, dessa forma, a realização da justiça ambiental.<sup>1089</sup> Nestes termos, Freitas *et al* conceituam justiça ambiental como

[...] um conjunto de princípios e práticas que asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial, de classe ou gênero, “suporte uma parcela desproporcional das conseqüências ambientais negativas de operações econômicas, decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas”, assegurando assim tanto o acesso justo e equitativo aos recursos ambientais do país, quanto o acesso amplo às informações relevantes que lhes dizem respeito e favorecendo a constituição de movimentos e sujeitos coletivos na construção de modelos alternativos e democráticos de desenvolvimento.”<sup>1090</sup>

Cavedon destaca o princípio da solidariedade como um princípio informador da justiça ambiental, impondo-se, com ele, uma postura solidária na distribuição de custos e benefícios ambientais, e no acesso ao poder nos processos decisórios. Conforme a autora, justiça ambiental está condicionada à possibilidade de apoderamento da esfera judicial pela coletividade, por meio da participação pública na conformação de decisões ambientais. E explica:

<sup>1087</sup> Idem, p. 262-63.

<sup>1088</sup> A autora adota o conceito de justiça ambiental firmado durante o Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania no Estado do Rio de Janeiro, em setembro de 2001, consolidado na Declaração de Princípios da Rede Brasileira de Justiça Ambiental, aquela representa um “[...] conjunto de princípios e práticas que: a) asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das conseqüências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas; b) asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país; c) asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito; d) favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso”. In: Cavedon, *op. cit.*, p. IX-X.

<sup>1089</sup> Idem, p. 346.

<sup>1090</sup> FREITAS, Carlos Machado de *et al.* Justiça Ambiental e Saúde Coletiva. In: ACSELRAD Henri *et al.* *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004. p. 249.

Isto porque os grupos fragilizados na sua condição socioeconômica, étnica, informacional e de poder, ao disporem de meios mais eficazes de Acesso à Justiça, ganham poder de influência nas decisões públicas ambientais, direcionando-as no sentido da promoção de uma distribuição mais equitativa dos benefícios ambientais.<sup>1091</sup>

Esse raciocínio completa-se com a idéia de que a inserção do conflito no sistema, por meio da esfera judicial, pode levar novos elementos ao seu ambiente interno incorporados pela decisão judicial transformadora, emancipatória e criadora, sendo que tal decisão deverá ser formada levando-se em maior conta a participação, atendendo-se às necessidades de justiça ambiental provenientes do *mundo da vida*.<sup>1092</sup>

Numa outra perspectiva, Almeida entende que a prestação jurisdicional é influenciada pela abstração espetacular do mercado, no sentido de que o trabalho do juiz absorve a substância do conteúdo da ideologia neoliberal, que, conseqüentemente, impregna a retórica sofisticada do Direito como um todo, e do Direito socioambiental em particular.<sup>1093</sup> Nesse sentido, Cunha argumenta que as soluções jurídicas não são baseadas apenas em critérios de racionalidade e lógica, mas também em critérios ilógicos como, por exemplo, os critérios políticos e a pressão de grupos sociais e econômicos.<sup>1094</sup>

No plano fático, tendo em vista a instalação de grandes indústrias entre o final dos anos 50 (Bayer) e início dos anos 60 (Ingá) - que provocaram impactos sociais e ambientais imediatos e permanentes sobre a população local, em razão das características sociais e econômicas das populações submetidas a estes quadros de poluição química, em meio a um forte poder político das empresas, aliada á desarticulação dos diversos órgãos públicos - Freitas *et al* afirmam que

As contaminações ambientais oriundas da Bayer e da Ingá são fenômenos invisíveis e contínuos ao longo de décadas. São contaminações cujos efeitos sobre a saúde são avaliados através de complicados métodos de análise química, biológica, clínica, ecológica e epidemiológica. As suspeitas de intoxicações de moradores e trabalhadores são comuns a ambos os casos.<sup>1095</sup>

Os autores destacam que “[...] as grandes indústrias apresentam a tendência se isolar das comunidades locais, formando enclaves e ocasionando problemas de gestão local”. Assim, a maior parte dos moradores locais sofre com a queda da qualidade de vida, e apenas uma pequena parcela da população auferir benefícios com esse processo. Os locais próximos à

<sup>1091</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. 337-353.

<sup>1092</sup> *Idem*, p. 354.

<sup>1093</sup> Almeida, D. F. B. *Direito socioambiental: o significado da eficácia e da legitimidade*. *Op. cit.*, p. 187.

<sup>1094</sup> Cunha, *op. cit.*, p. 114.

<sup>1095</sup> Freitas, C. M. *et al. Justiça Ambiental e Saúde Coletiva*. *Op. cit.*, p. 284.

instalação de grandes indústrias ainda apresentam a tendência de concentração de moradores de baixa renda, que buscam empregos ou locais de moradia de menor custo. Aqui ocorreria uma relação do valor e uso do solo, onde as regiões com melhores condições ambientais são mais valorizadas. Neste caso, as condições ambientais podem atuar como um fator de segregação sócio-espacial, agravado pelo fato de que esses grupos segregados normalmente dispõem de mínimo acesso à informação e de recursos para realizar pressão política, ou para apresentar questionamentos jurídicos.<sup>1096</sup>

De acordo com Freitas *et al*, o Estado e as indústrias utilizam argumentos relacionados a constrangimentos econômicos para adiar ações, que são de sua responsabilidade, no sentido de reduzir e eliminar a poluição química, bem como as injustiças ambientais provenientes de tais situações.<sup>1097</sup>

Destarte, esse exemplo demonstra que, na atividade judicante, o magistrado deve - além de se ater aos elementos jurídicos e de Direito - ficar atento às circunstâncias factuais do que lhe é apresentado, e optar pela racionalidade nas suas decisões. O juiz deverá observar o caso sob todas as perspectivas possíveis como, *v.g.*, a econômica, a cultural, a ética, a social, entre outras, num exercício interpretativo mais completo possível, não descuidando, contudo, da fundamentação jurídica, a fim de se conferir legitimidade àquela atividade.

Com relação ao juiz contemporâneo, Mesquita assinala que, atualmente, este é considerado no sentido de que suas decisões sejam *funcionais*, considerando-se sempre as condições socioeconômicas. A função dos juízes não estaria restrita à pura dedução e subsunção, mas à busca do valor justiça que subjaz às normas. O autor comenta que

Fala-se hoje de uma “hermenêutica construtiva”, em que a liberdade do aplicador da lei alcança larga latitude, consistente em uma aplicação da lei com “função normativa” ou “interpretação normativa”. Baseia-se essa novidade naquele denominado “círculo hermenêutico” a que se refere Larenz, levando em consideração as “circunstâncias hermeneuticamente relevantes.”<sup>1098</sup>

Contudo, apesar de a atividade judicante ser muito particularizada, já que envolve visões diferenciadas, e diversas influências que incidem sobre o julgador, atualmente existem alguns consensos firmados como, por exemplo, a defesa dos direitos humanos, por mais relativizados que estes possam se apresentar. Além disso, dentro destes, defende-se globalmente a idéia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esses valores não são necessariamente provenientes de uma ética ambiental, mas ligam-se, sobretudo à necessidade

---

<sup>1096</sup> Idem, p. 285-86.

<sup>1097</sup> Ibidem, p. 287-88.

<sup>1098</sup> Mesquita, *op. cit.*, p. 336-37.

de manutenção de qualidade de vida, e até mesmo da própria vida das pessoas. Por isso, pode-se dizer que a defesa do meio ambiente representa a realização da *justiça* para as presentes e futuras gerações.

Bello Filho sustenta que os administradores, legisladores e juízes devem cumprir os deveres constitucionais ambientais, incluindo aqui o previsto no *caput* do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil, que representaria um dever autônomo e abstrato (fundamental), que obriga aqueles atores à proteção do meio ambiente. Para ele, é dever do Judiciário interpretar o Direito de forma adequada e conforme o Estado democrático de direitos ambientais; valorizando-se o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, na hipótese de ponderação entre valores e direitos no âmbito constitucional; utilizando-se o princípio da proporcionalidade para realizar tal ponderação.<sup>1099</sup>

O autor assinala que os deveres do Estado com relação ao meio ambiente estão estabelecidos num rol de deveres ambientais concretos, e que estes estruturam e caracterizam o Estado democrático de direitos ambientais. Deste modo, ele conclui que “a norma do artigo 225 da Constituição também estabeleceu o dever constitucional concreto de preservar o ambiente que se demonstra através do estabelecimento de mandamentos concretos dirigidos ao Executivo, ao Legislativo, ao Juiz e aos particulares.” Ademais, “o dever constitucional-ambiental expressado pelo inciso primeiro, do § 1º do artigo 225 tem expressão concreta, uma vez que significa a obrigatoriedade da realização de atividades públicas que importem na realização do princípio da preservação ambiental.”<sup>1100</sup>

Com relação ao papel dos magistrados (ou da magistratura) em face da atual crise que atravessa o Poder Judiciário, Faria afirma que “como os tribunais constituem um espaço institucional básico para a construção de instituições de direito a um só tempo mais eficazes e legítimas, cabe à magistratura revitalizá-lo.”<sup>1101</sup> No mesmo sentido, Campilongo assevera que

[...], é no campo do Direito Constitucional que as combinações entre o interesse público e o interesse privado, entre os direitos individuais, coletivos e difusos, entre as regras de aplicabilidade imediata, restrita e dependente, e uma infinidade de outras situações inéditas, irão consolidar a nova imagem do juiz: o sujeito ativo do processo político. Esse papel exige do julgador posturas muitas vezes incompatíveis com o rigor formalista.<sup>1102</sup>

<sup>1099</sup> Bello Filho, *op. cit.*, p. 376-79.

<sup>1100</sup> *Idem*, p. 380-82.

<sup>1101</sup> FARIA, José Eduardo. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio econômico. In: FARIA, José Eduardo *et al.* *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 28.

<sup>1102</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo *et al.* *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 46.

No entanto, isso não implicaria a substituição da dogmática jurídica pelo sociologismo; por outro lado, esse novo direito traria ao jurista o desafio de adotar os conceitos jurídicos num nível de abstração que corresponda ao nível de complexidade alcançado pelas funções e prestações do sistema jurídico.

De acordo com Faria, nas sociedades como a brasileira - não tipicamente tradicionais e fracamente integradas, submetidas a fortes discriminações sócio-econômicas e político-culturais - muitas normas (declarações) programáticas relativas aos direitos humanos e sociais, presentes na Constituição, terminam por exercer uma “função tópica, retórica e ideológica”, cujo verdadeiro objetivo seria o de “forjar as condições simbólicas necessárias para uma assimilação acrítica da ordem jurídica.” Ele explica que

Em sociedades com essas características, as declarações em favor dos direitos humanos e sociais tendem a ficar apenas enunciadas e/ou propostas, uma vez que costumam ser utilizadas para exercer o papel de instrumento ideológico de controle das expectativas sociais. Em vez de tutelar o Executivo, condicionando suas políticas públicas, disciplinando seus gastos sociais e evitando distorções clientelísticas, tais declarações se limitam a propósitos meramente legitimadores. A concreção dos direitos humanos e sociais previstos pelos textos constitucionais muitas vezes é negada pelos diferentes braços - diretos e indiretos - do poder público.<sup>1103</sup>

Tratar-se-ia de uma *negação sutil* mediada normalmente pela *interpretação dogmática do direito*, alegando-se, v.g., a falta de leis complementares que regulamentem os direitos e as prerrogativas assegurados constitucionalmente.<sup>1104</sup> Tendo em vista este problema, o autor assinala que

Em vez de protestar e cobrar do Executivo o cumprimento às determinações que lhe foram impostas por esse texto legal, o Judiciário, quando não se omite, limita-se a protestar de maneira tímida - quase sempre por meio de bem comportados artigos de alguns magistrados mais lúcidos, mais corajosos e com maior iniciativa no que se refere à modernização e à reorganização dos tribunais.<sup>1105</sup>

Faria ainda critica a magistratura brasileira (a partir de seu *ethos* cultural, corporativo e profissional), no sentido de que esta não tem conferido a devida importância ao desafio de aproximar o sistema jurídico às condições reais da sociedade. Isso porque privilegia-se normalmente a *segurança jurídica*, além da visão por vezes ingênua do equilíbrio e autonomia entre os Poderes. Neste caso, o autor apresenta a ressalva de que

---

<sup>1103</sup> FARIA, José Eduardo. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio econômico. In: FARIA, José Eduardo *et al.* *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 98.

<sup>1104</sup> Idem, p. 99.

<sup>1105</sup> Ibidem, p. 110.

“apenas a base da magistratura brasileira, por meio de alguns poucos - porém expressivos - juízes de primeira instância, é que tem tentado promover certas mudanças.”<sup>1106</sup>

Por fim, o juiz contemporâneo deve utilizar todo o aparato hermenêutico e normativo, com o propósito de praticar a justiça no caso concreto, de modo que a melhor solução seja aquela que considere os mais variados fatores - como, por exemplo, as condições sociais, os fatores econômicos, psicológicos, éticos, entre outros - a fim de que se abarque a realidade máxima dos fatos que lhe são apresentados para dado julgamento.

O juiz não deve ter medo de ousar, de também cumprir a sua função social dentro dos limites legais aos quais se encontra submetido. Mas, o magistrado somente poderá atingir este propósito se for detentor de distinto saber jurídico multidisciplinar; além de nutrir consciência de que o seu trabalho é “por” e “para” a sociedade, ou seja, existe em função da mesma; já que a magistratura não esgota um fim em si mesmo, mas trata-se, antes de tudo, de um serviço público que visa ao atendimento do bem comum, onde o destinatário precípuo é o jurisdicionado.

Deste modo, para a consecução das normas que garantam o estabelecido no *caput* do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é necessário um trabalho hermenêutico *político*, no sentido de dotar aquele direito de eficácia social, e de garantir qualidade de vida à coletividade, sem necessariamente contrariar a *letra* da lei.

#### 4.6.4 Considerações sobre hermenêutica constitucional

Para se interpretar a Constituição, deve-se desvendar o Direito contido em suas normas, numa atividade de atribuição de significado a determinadas disposições jurídicas, tendo-se como resultado o significado final que melhor se ajuste ao caso concreto. Com relação à interpretação das normas constitucionais, Sarmiento afirma que

São incompatíveis com o seu ideário as hierarquias rígidas entre princípios constitucionais, que sacrificam integralmente alguns valores para salvaguarda de outros (v.g., considerar que em hipóteses de colisão, os direitos individuais têm preferência absoluta sobre os direitos sociais, ou vice-versa).<sup>1107</sup>

A interpretação constitucional normalmente é diferenciada em face da interpretação das demais leis, pelo fato de a Constituição ser considerada mais aberta - no

---

<sup>1106</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>1107</sup> Sarmiento, *op. cit.*, p. 66.



sentido de abarcar princípios de maior elasticidade, com menos rigidez do que determinadas normas - e, além disso, pelo fato de no texto constitucional ser encontradas muitas normas de organização, de diretrizes, que fixam objetivos e atribuições, sem o estabelecimento dos meios necessários para que os destinatários atinjam o propósito final do comando normativo.

Sobre esse ponto, Dantas explica que os princípios funcionariam como *regras de calibração*, com o propósito de impedir que o sistema *quebre*. O Direito estabelece o que é lícito ou ilícito, mas a condição para se chegar a essa resposta é que o Direito se abra para o ambiente social, cultural e político em que está inserido. O autor afirma que o ordenamento e a Constituição manterão a *unidade sistêmica* se for mantida a característica de *retroalimentação negativa*, para suportar e responder às *tensões* impostas pelo *ambiente social*, provenientes de *casos críticos*, ou difíceis. Um desses mecanismos de *retroalimentação negativa*, essenciais para a manutenção da coesão do sistema, são os princípios, caracterizados como *abertos*.<sup>1108</sup> Portanto, os princípios confeririam aos aplicadores do Direito certa elasticidade em razão das várias possibilidades interpretativas, já que se caracterizam como genéricos e abstratos, que se materializam e cumprem a sua função ao serem ajustados a cada caso concreto.

Na prática do Direito, o aplicador da norma e demais operadores jurídicos, além do preparo teórico-acadêmico, precisam demonstrar, na prática, suas habilidades de modo a conferir eficácia aos direitos e, sobretudo, aos direitos fundamentais. Contudo, a doutrina atual vem registrando a falta de *coragem* ou *ousadia* por parte dos operadores jurídicos, no sentido de se tentar transpor a esfera limitada do Direito tecno-formal, além da aversão destes à aplicação de princípios jurídicos, por exemplo. Nestes termos, Ferrara afirma que

É à jurisprudência, portanto, que a teoria deve ir colher a expressão das necessidades sociais que se fazem sentir e batem à porta dos Tribunais. Além disso, a variedade inexaurível das questões práticas frequentemente revela problemas novos, ou novos lados de problemas jurídicos e abre novos campos de estudo à dogmática.<sup>1109</sup>

Assim, a jurisprudência serviria de instrumento para a boa aplicação do Direito, vista como a solução de problemas repetidamente solucionados no âmbito jurídico.

Atualmente existe certo consenso doutrinário acerca da necessidade do desenvolvimento de uma Teoria da Interpretação (Constitucional), que mantenha vivos os valores democráticos e a defesa dos direitos fundamentais. A interpretação jurídica representa um excelente instrumento de consecução dos valores sociais mais nobres e, por isso, os

<sup>1108</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. *Op. cit.*, p. 215-18.

<sup>1109</sup> Ferrara, F; Andrade, M. A. D. *op. cit.*, p. 188.

operadores jurídicos devem se informar do todo o arsenal teórico existente, a fim de que se utilize da melhor forma possível os elementos de hermenêutica jurídica.

Tendo em vista que a Constituição apresenta-se como um sistema teleológico - caracterizado pela unidade e pela coerência valorativa fornecida pelos princípios, e por valores nela contidos, especialmente os direitos fundamentais - entende-se que a teoria dos sistemas seria apropriada para a solução da maior parte dos problemas em sede de interpretação, já que cada caso poderá ser analisado de forma completa, abarcando-se todos os aspectos possíveis, devendo as normas constitucionais ser interpretadas dentro de uma sistematização, dentro dos limites impostos ou estabelecidos no próprio texto constitucional.

Dantas defende que a teoria dos sistemas possibilita ampliar o conceito de *racionalidade*, ultrapassando uma concepção *jurídico-instrumental* caracterizada pela justificação jurídica por meio de interpretação baseada em determinadas fontes formais do Direito. Assim, segundo o autor, tem-se a *racionalidade teleológica* (Canaris), que, com relação aos valores/princípios abre-se o leque de alternativas de interpretação; além da *racionalidade institucional* (Luhmann), relativa à racionalidade do próprio sistema jurídico, onde a racionalidade é pressuposto de todo processo de concretização e de interpretação, pois permite ao intérprete compreender as funções do Direito e da Constituição.<sup>1110</sup>

Neste caso, o intérprete deve avaliar as normas constitucionais, sobretudo pelo papel que desempenham no sistema constitucional, e não apenas em sua estrutura formal. O juiz deve detectar as finalidades e funções do princípio ou da norma, objeto de análise na atividade judicante, estabelecidos constitucionalmente.

Destaca-se, ainda, a tridimensionalidade do Direito descrita por Miguel Reale, que se apresenta como uma reação ao formalismo jurídico, onde *fato*, *valor* e *norma* interagem dialeticamente. Nestes termos, Reale explica a citada teoria dizendo que

[...] o Direito não é só norma legal, pois ela pressupõe a vida social concreta e as aspirações axiológicas, valorativas que determinam exigências para o legislador e para o juiz. Aquilo que eu chamei de fato, valor e norma representa três aspectos de uma concreção que é unitária e dinâmica, daí chamar-se de Teoria Tridimensional do Direito, que é uma tomada de posição contra compreensões unilaterais da experiência jurídica.<sup>1111,1112</sup>

<sup>1110</sup> Dantas, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. *Op. cit.*, p. 186-87.

<sup>1111</sup> REALE, Miguel. *Entrevista: um pensador voltado para a integralidade*. Disponível em <[www.usp.br/jorusp/arquivo/2000/jusp523/manchet/rep\\_res/rep\\_int/univers1.html](http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2000/jusp523/manchet/rep_res/rep_int/univers1.html)>. Acesso em: 29 agosto 2005.

<sup>1112</sup> A Teoria Tridimensional do Direito de Reale resume-se em que cada fenômeno jurídico é acompanhado de um *fato* subjacente; um *valor*, que confere significação a tal fato, onde a ação dos homens é determinada, com o fim de atingir ou preservar certo objetivo; e, por fim, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação o fato ao valor. Nestes termos, fato, valor e norma coexistem numa unidade concreta, e atuam como elos num processo (o

Friede assinala que a norma sempre possui um fim e um valor implícito. E o Direito sempre projeta uma realidade para mantê-la, representando a sua função conservadora da manutenção do *status quo*; reestruturá-la com fim evolutivo, ou de reestruturação das relações sociais; ou transformá-la, alterando as relações sociais. Contudo, o autor entende que não há necessariamente uma constante relação de causalidade entre fato e norma, já que o descontentamento social nem sempre terá como resposta uma norma para a solução do caso. Além disso, o legislador busca políticas para as questões *postas*, sem obrigatoriamente procurar propiciar o que a sociedade, de fato e de Direito, realmente almeja.<sup>1113</sup>

O fato é que as teorias anteriormente citadas mais se complementam do que se contradizem. A tridimensionalidade do Direito, a interpretação do Direito conforme a Constituição, a tópica, o método hermenêutico-concretizador, o método normativo-estruturante, a teoria dos sistemas ou a teoria garantista oferecem subsídios para uma boa prestação jurisdicional. Em termos hermenêuticos, atualmente, tem-se uma série de teorias e possibilidades que os operadores jurídicos podem se utilizar, a fim de tornar eficazes os direitos estabelecidos na Constituição Federal e fora dela, pertencentes aos jurisdicionados, que necessitam de ver seus direitos realizados.

Atualmente, entre as teorias de maior destaque está a teoria garantista, que propõe que os operadores jurídicos (juízes etc.) se vinculem não só ao aspecto formal da norma, mas além disso, aos aspectos materiais - axiológico e teleológico - dando-se ênfase ao conteúdo normativo, lembrando que, neste caso, o arbítrio judicial encontra limites da na própria norma, vislumbrando-se, assim ao princípio da legalidade.

De acordo com Cavedon, os instrumentos judiciais de processamento dos conflitos jurídico-ambientais e as decisões judiciais possuem potencial criador, emancipatório e transformador. Esse potencial refere-se à possibilidade de se conferir novas interpretações às normas, institutos e conceitos jurídicos, além da criação de novas normas na esfera do caso concreto, acompanhando-se e conformando-se as transformações socioambientais processadas no sistema social, renovando-se, dessa forma, o sistema jurídico-ambiental.<sup>1114</sup>

A Constituição Federal é clara e precisa: o juiz, como integrante do Poder Público, deve realizar a justiça ambiental levando, inclusive, em conta que tal missão deve valer também para as futuras gerações. Nesse ponto, Silva afirma que

---

direito é uma realidade histórico-cultural). O direito é o resultado da interação dinâmica e dialética dos três elementos que o integram. In: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 65.

<sup>1113</sup> Friede, R. *Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. *Op. cit.*, p. 105-06.

<sup>1114</sup> Cavedon, *op. cit.*, p. 336.

A Lei, se não existir, deve ser criada pelo juiz no caso concreto. Se existir, mas for contrária aos valores ambientais, deve ser afastada. Se existir e for favorável, embora programática, deve ser outorgada, pelo juiz, a eficácia social necessária. Se existir, for favorável e eficaz, deve o juiz lançar mão de todos os meios para garantir a observância por parte dos particulares.<sup>1115</sup>

O ser humano precisa manter certo equilíbrio com os seres vivos e inertes no lugar onde coabita. O desenvolvimento sustentável pode ser um aliado nesse objetivo vital para a Humanidade. E, nessa missão, o Poder Judiciário, na figura do juiz, possui a grande responsabilidade de realizar jurisprudência que traduza o respeito ao meio ambiente e, conseqüentemente, o magistrado atuará também como um educador ou servirá de referência (modelo) na sociedade pela qual desenvolve seus trabalhos.

Com relação à democracia ambiental, Cavedon a define como a

[...] possibilidade de influenciar na conformação do Sistema Jurídico-Ambiental, a natureza diferenciada dos Conflitos Jurídico-Ambientais pautados em situações de Injustiça Ambiental e a necessidade de que sejam apreciados a partir do paradigma da Justiça Ambiental, provoca o Judiciário no sentido de produção de *novas interpretações* dos elementos sistêmicos, que podem resultar em novas normas incorporadas ao seu ambiente interno.<sup>1116</sup>

Neste caso, o sistema jurídico-ambiental seria reconstruído - tendo por base as noções de justiça ambiental – com elementos advindos do *mundo da vida* pelos atores do conflito ambiental judicializado.

Com relação a algumas questões relativas ao Poder Judiciário, Freitas concluiu que: a) os juízes estão sensíveis aos problemas do meio ambiente, apesar de a matéria ser pouco tratada na doutrina, e poucas vezes levada aos Tribunais. b) o Poder Judiciário é da máxima relevância para um tratamento adequado das questões ambientais; e c) este Poder precisa avaliar as suas necessidades para adequar-se às exigências dos tempos atuais, já que o tema ambiental assume grande relevo em razão da evolução tecnológica e dos danos ambientais que eventualmente poderão provir desta.<sup>1117</sup>

Todavia, é evidente que todos os problemas relativos ao meio ambiente não podem ser tratados única e exclusivamente pelo Poder Judiciário. Nestes termos, Amaral afirma que

[...], deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam “escolhas dramáticas”, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções. Muito pelo

<sup>1115</sup> Silva, A. F. F. *Ativismo judicial em matéria ambiental*. Op. cit., p. 70

<sup>1116</sup> Cavedon, op. cit., p. 357. Grifo nosso.

<sup>1117</sup> Freitas, V. P. *Direito administrativo e meio ambiente*. Op. cit., p. 143.

contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias, para que possa ela desempenhar seu ofício alheia a pressões de momento.<sup>1118</sup>

O Poder Legislativo e, sobretudo o Poder Executivo devem fazer a sua parte, sob pena de se abrir espaço para que a defesa do meio ambiente seja frustrada, por negligência do Poder Público nas esferas anteriormente citadas. Por isso, é fundamental a atuação do Executivo como aliado do Judiciário no exercício da função de proteção ambiental. Neste caso, deve-se atentar para a questão sobre o que o Estado *deve* e efetivamente *pode* fazer, destacando-se a questão de que a *reserva do possível*, muitas vezes é empregada no sentido de justificativa da omissão do Estado na realização de mandamentos constitucionais expressos.

Com relação à *reserva do possível*, Amaral sustenta que haveria uma presunção de ilegalidade ou irregularidade da conduta estatal aparentemente desconforme com o programa ou regra constitucional ou legal; e, neste caso, a Administração Pública deve demonstrar suas razões - não como razões de estado, mas como razões de convencimento - motivando a sua escolha, e justificando o sacrifício de certos interesses. Demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia, então, o Poder Judiciário interferir na decisão do Administrador.<sup>1119</sup>

Finalmente, além do trabalho hermenêutico a ser exercido a fim de se conferir maior eficácia ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, existe o trabalho de se identificar as falhas no sistema jurídico brasileiro e, posteriormente, refletir sobre as melhores soluções para os problemas encontrados. Deste modo, em função da já conhecida morosidade no julgamento de ações, muito em razão de recursos eminentemente protelatórios, entre outros motivos, a seguir tratar-se-á da questão da súmula vinculante, como uma possível alternativa para esse problema.

#### **4.7 A súmula vinculante e a questão da eficácia das normas ambientais**

Recentemente, a Emenda Constitucional nº. 45, de 2004 acrescentou o art. 103-A à Constituição Federal, estabelecendo que o Supremo Tribunal Federal poderá - de ofício ou por provocação - mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal,

---

<sup>1118</sup> AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 116.

<sup>1119</sup> *Idem*, p. 117.

estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A Lei nº. 11.417, de dezembro de 2006 regulamentou assunto, não obstante a grande discussão acerca das vantagens e desvantagens de sua adoção no sistema jurídico brasileiro, realizada pela doutrina pátria. Destaque-se que há quem questione mesmo a constitucionalidade da súmula vinculante, alegando-se que ela fere alguns princípios constitucionais como, por exemplo, o princípio da separação dos Poderes, e o princípio do livre convencimento dos juízes.

O sistema jurídico brasileiro, a despeito de vários esforços despendidos nas últimas reformas no âmbito do processo, ainda é caracterizado pelo excesso de formalismo, onde, sobretudo o sistema recursal é apontado como uma das principais causas de lentidão da Justiça. A consequência disso é, além da morosidade processual, o fato de que o Direito material permanece relegado a um segundo plano. Nestes termos, Velloso afirma que “o sistema recursal no Brasil é irracional. O STJ, por exemplo, tem decidido recursos sem nenhuma relevância jurídica ou social como, v.g., o que discute a possibilidade de criação de cães em condomínios de apartamentos.”<sup>1120</sup>

Velloso ainda comenta que na Suíça, por exemplo, a doutrina e a jurisprudência reagem negativamente ao excesso de formalismo, onde este é considerado uma violação da garantia de jurisdição prevista no art. 4º da Constituição Federal suíça. Para o autor, a legislação processual civil e penal brasileira precisa ser revisada, com fins de simplificação dos procedimentos, que hoje eternizam as demandas; sugerindo a instituição de um ônus para a sucumbência recursal, ou seja, aquele que perdesse o recurso deveria pagar os honorários do advogado da outra parte.<sup>1121</sup>

Uma outra opção normalmente apontada para a solução de tais problemas, seria a adoção de súmulas vinculantes com a finalidade precípua de se conferir economia processual e celeridade aos trâmites judiciais. A súmula *lato sensu* significa a explicação de algo de forma abreviada; trata-se de um resumo ou ementa (de uma sentença, de um acórdão). Em *stricto sensu* ela significa o resultado do julgamento de um tribunal que tem por finalidade a validade, a interpretação e a eficácia de certas normas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

---

<sup>1120</sup> Velloso, *op. cit.*, p. 77.

<sup>1121</sup> *Idem*, p. 79-80.

Peña esclarece que a palavra *súmula* surgiu no Brasil em 1963, ocasião em que uma crise no Poder Judiciário originou a *súmula de jurisprudência predominante* no âmbito do Supremo Tribunal Federal, elaborada para simplificar os julgamentos. Todavia, o seu enunciado não era obrigatório e servia apenas para prestar orientação aos demais magistrados.<sup>1122</sup>

A questão da *súmula vinculante* relaciona-se com a eficácia das normas jurídicas já que, com a adoção da mesma, poderia haver, de forma geral, um aumento na celeridade nos julgamentos dos processos, que resultaria numa economia processual, mediante o impedimento de sucessivos recursos de caráter protelatórios, entre outras vantagens. É uma unanimidade afirmar que a Justiça está abarrotada de processos e é lenta. Além disso, os casos repetitivos recebem tratamentos desiguais, e trazem o seríssimo problema da quebra da isonomia, numa situação que desgasta a imagem do Poder Judiciário e prejudica os jurisdicionados.

Contudo, Dinamarco observa que, paradoxalmente, uma coletividade de profissionais críticos do sistema vem adotando uma postura de reação às inovações. O autor afirma que

É preciso ter coragem e visão de outros sistemas jurídico-judiciários diferentes dos nossos, não envenenados por dogmas que aceitamos sem discutir, para então ousarmos romper com eles e caminhar em direção de soluções coletivizadoras da tutela jurisdicional - sob pena de renunciarmos definitivamente a qualquer progresso.<sup>1123</sup>

No Brasil, no final do ano de 1995 foi realizada uma pesquisa, cujo resultado demonstrou que: de outubro de 1988 a março de 1995, 68,32% dos acórdãos proferidos pelo STF foram repetitivos. Além disso, de outubro a dezembro de 1988 o percentual de acórdãos repetitivos foi de 61,54%; em 1989, 50,40%; em 1990, 36,83%; em 1991, 38,90%; em 1992, 49,15%; em 1993, 71,90%; em 1994, 82,41 %; em 1995, até o mês de março, 88,88%.<sup>1124</sup> Esses dados revelam que grande parte desse grave problema poderia ser resolvido com a adoção de *súmula vinculante*, com base em precedentes jurisprudenciais que serviriam de referência para lides futuras.

Antes de entrar numa análise a respeito da adoção da *súmula vinculante* no sistema jurídico brasileiro, é importante mencionar dois institutos estrangeiros, que

<sup>1122</sup> PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das *súmulas vinculantes* e a solução oferecida pelas *súmulas impeditivas de recursos*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 30, n. 120, p. 77-94, fev., 2005. p. 80.

<sup>1123</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Súmulas vinculantes*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 347, jul./ago./set de 1999. p. 65.

<sup>1124</sup> Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 157.

normalmente são apontados como inspiração para a criação ou adoção daquela súmula no Brasil, quais sejam: o *stare decisis* norte-americano e os *assentos* portugueses.

O *stare decisis* faz parte do sistema jurídico da *common law*, sendo aplicável nos Estados Unidos da América - EUA e na Grã-bretanha. Por meio deste instituto, atribui-se às decisões jurisprudenciais caráter obrigatório, primando-se pela jurisprudência e conferindo-lhe um caráter consuetudinário. Assim, o *stare decisis* significa a solução de casos com base em sentenças precedentes, proferidas em casos similares.

Nos países anglo-saxões, da família da *common law*, predomina a regra do precedente judiciário ou do *stare decisis et non quieta movere*. Sobre esse assunto, Mancuso explica que a jurisprudência surge - sobretudo aquela extraída de casos mais relevantes ou originais, que passam a servir de parâmetro para os que lhes são semelhantes – tornando-se *leading binding*, ou a *uthoritatives precedents*. Mas o autor adverte que não é todo precedente, nem é a integralidade da decisão que servirá de paradigma, e sim o fundamento jurídico, ou o princípio ali estabelecido como premissa.<sup>1125</sup>

Figueiredo esclarece que na teoria do *stare decisis* ou precedente há algumas decisões vinculativas e outras persuasivas. No Direito americano, a Corte Suprema entende ser o *stare decisis* o ponto de partida e não ponto de chegada, já que, se existe identidade entre o caso concreto e o precedente, este deverá ser o caminho a ser percorrido pelo juiz, para a verificação se as decisões, se os princípios constantes do precedente podem ser aplicados ao caso concreto em julgamento. Assim, segundo a autora, se o juiz entender que não se aplica o precedente, o Tribunal de Apelação pode julgar de forma diversa; e a decisão do Tribunal subirá para a Corte Suprema, que muitas vezes reconhece a razão do Tribunal de Apelação.<sup>1126</sup>

O sistema norte-americano adota o controle difuso, ou seja, aquele que pode ser realizado por todos os juízes, inferiores e superiores, estaduais e federais. No entanto, compete às Cortes Superiores proferirem a última palavra, por meio do sistema das impugnações; e cabe à Suprema Corte se manifestar definitivamente sobre os assuntos, nas hipóteses de conformidade com a Constituição Federal. Sobre esse ponto, Tourinho Neto

---

<sup>1125</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Jurisprudência, dominante ou sumulada, e sua eficácia contemporânea. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*. São Paulo, v.1, n.3, p. 40-47, agosto, 1999. p. 40.

<sup>1126</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. O controle judicial dos atos administrativos e a sumula vinculante. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v.16, n.7, p. 473-79, julho, 2000. p. 478.



afirma que “as decisões da Suprema Corte Federal, pela regra do *stare decisis*, vinculam todos os outros juizes, e não apenas no caso concreto em que a questão tenha surgido.”<sup>1127</sup>

Pelo *stare decisis* a Suprema Corte federal norte-americana institui um princípio legal aplicável a determinado caso. Estabelecendo-se o princípio, este será aplicado a todos os casos futuros que tiverem a mesma substância do precedente a ser seguido. Ressalte-se que, no sistema judicial norte-americano, todos os Tribunais estão vinculados às decisões daquela Corte, nos casos semelhantes (estado e fato), em que a decisão desta foi proferida.

Lamy observa que o *stare decisis* (*decisão a ser observada*), não obriga o julgador a seguir o entendimento do precedente vinculante, mas apenas determina que, para o julgamento do caso concreto, ele seja utilizado como ponto de partida, isso porque naquele sistema a lei não possui a pretensão de regular detalhadamente as situações, deixando essa tarefa à jurisprudência.<sup>1128</sup>

Contudo, alguns autores entendem que conferir efeito vinculante às súmulas e à jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, a exemplo do instituto do *stare decisis* seria um equívoco. Nesse sentido, Streck argumenta que, nos Estados Unidos, a força do precedente reside na tradição, e não na regra escrita. O autor ainda adverte que aquela doutrina é válida para o Direito privado, pois, para o Direito público a regra do precedente já não é aceita pacificamente. Ademais, em matéria constitucional, as *Appellate Courts*, as Cortes Supremas dos Estados, e a Corte Suprema Federal têm o poder de descartar o próprio precedente em determinadas condições, sobretudo em matéria constitucional.<sup>1129</sup>

Streck ainda afirma que, nos Estados Unidos, não há um *common law* federal e geral; e que o sistema federativo faz com que seja abrandado o sistema de *precedents*, no sentido de se evitar as diferenças relevantes entre os direitos dos diversos Estados-membros. O doutrinador observa que, no Direito norte-americano, as decisões não são proferidas para solver disputas entre os litigantes, e nem para servir de precedentes no futuro, pois a utilização do precedente em casos futuros seria uma decorrência incidental. Neste caso, a autoridade do precedente seria limitada aos fatos e condições particulares do caso em que o processo anterior pretendeu adjudicar.<sup>1130</sup>

---

<sup>1127</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário. *Revista de informação legislativa*. N. 128. Brasília: João Batista Soares de Souza Editor, outubro/dezembro de 1995. p. 188.

<sup>1128</sup> Lamy, *op. cit.*, p. 121.

<sup>1129</sup> STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante e o mito da efetividade. *Justiça e Democracia*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 41-47, jul./dez., 1996. p. 42.

<sup>1130</sup> Idem, p. 42-43.

Por outro lado, Dinamarco ensina que no sistema do *common law* costuma-se dizer que a força vinculante dos *holdings* (máximas contidas nos julgamentos) tem como consequência as vantagens da igualdade, da segurança, da economia e da respeitabilidade. Na opinião do autor, no Brasil, os julgamentos repetitivos e desvinculados podem comprometer cada um desses ideais da boa justiça, pois só os que puderem e se animarem a subir ao STF ou ao STJ poderão modificar julgamentos desfavoráveis proferidos originariamente.<sup>1131</sup>

Dinamarco sustenta que, neste caso, existirá sempre entre os jurisdicionados a incerteza sobre o futuro dos litígios; o Poder Judiciário realizaria um trabalho inútil e repetitivo, quando poderia liberar-se da carga da repetição e dedicar-se com maior proficiência e celeridade a outros casos; e as decisões do órgão competente para dada matéria seriam soberanas, e promoveriam a homogeneidade em todas as demandas. O doutrinador esclarece ainda que o *holding* norte-americano é dotado de imperatividade (*obiter dictum*), e que, não obstante as diferenças estruturais existentes entre o sistema do *stare decisis* e o de Direito escrito, ainda assim tais exemplos devem ser seguidos, manifestamente com as salvaguardas e adaptações necessárias a fim de se aprimorar o sistema.<sup>1132</sup>

De outro vértice, Streck entende que a maioria das decisões judiciais brasileiras se baseia em *precedentes sumulares* retirado de repertórios *standartizados*, que são utilizados, salvo exceções, de forma descontextualizada; ao contrário do Direito norte-americano, onde o juiz deve fundamentar e justificar a sua decisão detalhadamente. Ademais, nos Estados Unidos, os precedentes não seriam aplicados de forma automática, lá existiria minuciosa análise para se determinar se existem (ou não) similaridades de fato e de direito, e também para determinar a posição atual da Corte com relação ao direito anterior.<sup>1133</sup> Cabe ainda destacar a seguinte crítica do autor:

[...] o problema da efetividade das decisões judiciais e da assim denominada morosidade da justiça não serão resolvidos mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema, mas, sim, a partir de uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça, além da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que pré-domina o imaginário dos juristas.<sup>1134</sup>

Além desses argumentos contrários à súmula vinculante, ainda há quem afirme que o sistema do *common law* (princípio do *judge-made law*) não é aplicável ao Brasil, pois,

<sup>1131</sup> Dinamarco, C. R. *Súmulas vinculantes*. *Op. cit.*, p. 53-54.

<sup>1132</sup> *Idem*.

<sup>1133</sup> Streck, *op. cit.*, p. 43.

<sup>1134</sup> STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 116-17

aqui, adota-se o sistema romano-germânico. Portanto, seria um equívoco sugerir a introdução dos *binding precedent*<sup>1135</sup> no âmbito do Direito brasileiro, pois se estaria ignorando a supremacia da lei.

Para Rebouças, a instituição da súmula vinculante “vai instaurar a jurisdição de carimbo, tão almejada pela burocracia brasileira, entregando-a a um juiz subalterno, e não a um verdadeiro magistrado no sentido consagrado pela cultura ocidental (*na Inglaterra, desde o século XVIII*).”<sup>1136</sup> Segundo o autor, tratar-se-ia de uma involução, já que mesmo na Inglaterra, no *common law*, mesmo os precedentes obrigatórios podem deixar de ser aplicados pela técnica das *distinctions*, ou seja, não existe a rigidez preconizada para o futuro Direito brasileiro.

Cazetta, por seu turno, aponta para o problema da falta de rigor técnico na análise do precedente, já que o sistema de Direito brasileiro não desenvolveu técnicas adequadas de interpretação jurisprudencial. Segundo ele, as faculdades de direito norte-americanas dedicam valiosas horas ao ensino da metodologia de análise das decisões de seus tribunais, com base em critérios científicos de catalogação, fornecendo instrumental para que os universitários aprendam a identificar pontos de similitude entre o paradigma e o caso concreto. Já, no Brasil, a citação se resumiria à compilação de ementas, sem o devido cuidado na seleção da jurisprudência considerada emblemática, e capaz de solucionar a demanda.<sup>1137</sup>

Em face da discordância da adoção de um modelo de súmula vinculante baseada no *stare decisis* norte-americano, Figueiredo sugere a adoção de súmulas administrativas, já que, para a autora, apesar de todas as mazelas do Poder Judiciário, seria melhor que tudo permanecesse como está, ou que se encontre outro caminho; pois a súmula vinculante e o incidente de constitucionalidade amarrarão a primeira instância, fazendo o juiz voltar ao século passado (juiz do Código Napoleônico), onde não era permitido interpretar a lei.<sup>1138</sup>

Tourinho Neto, por sua vez, defende a aplicação do princípio do *stare decisis et non quieta movere* (ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso). Para o autor, a lentidão não significa prudência, e afirma que

Num mundo veloz, dinâmico, competitivo, onde o cidadão clama abertamente por seus direitos, onde a coletividade luta por um meio ambiente melhor, onde as minorias se levantam, a Justiça não pode ser lenta, arcaica, omissa, não pode

---

<sup>1135</sup> *Binding precedents* são precedentes obrigatórios que, aliás, podem deixar de ser aplicados pela técnica das *distinctions*.

<sup>1136</sup> Rebouças, *op. cit.*, p. 84.

<sup>1137</sup> Cazetta, *op. cit.*, p. 214-15.

<sup>1138</sup> Figueiredo, *op. cit.*, p. 478-79.

manter-se fora da realidade, sem criatividade, não pode ser neutra diante dos valores jurídicos, não pode ser formalista, artesanal.<sup>1139</sup>

Quanto à crítica de que, com a adoção da súmula vinculante, haveria uma cristalização do Direito, Dias cita o exemplo da doutrina do *stare decisis*, no sentido de que esta não exige obediência cega a decisões passadas. Os tribunais é que irão determinar se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável ou não, além da extensão em que o princípio será aplicado.<sup>1140</sup>

Outro exemplo de súmula vinculante adotada internacionalmente, normalmente citado pela doutrina, são os assentos portugueses. Estes foram adotados em Portugal até o ano de 1995, e objetivavam solucionar conflitos jurisprudenciais, firmados pelo STJ por meio de um enunciado de caráter obrigatório. Os assentos eram válidos para todas as relações jurídicas, apresentando-se como verdadeira fonte imediata do Direito. Este instituto tinha valor *legal*, de modo que nem o Supremo poderia modificá-lo ou revogá-lo, somente uma lei poderia exercer tal tarefa.<sup>1141</sup>

Contudo, a obrigatoriedade dos assentos, prevista no Código Civil – CC português em 1967, gerou discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua constitucionalidade, sob o argumento de que a atividade interpretativa do STJ estaria invadindo a competência do Legislativo. Então, em 1995, revogou-se totalmente o art. 2º do CC, e todos os artigos do CPC que disciplinavam a matéria (arts. 763 a 770). Assim, os assentos foram substituídos pelos acórdãos para uniformização de jurisprudência do STJ; e se discute hoje em Portugal se tais acórdãos têm ou não força vinculativa para os demais tribunais. Neste caso, destaca-se que a maioria defende que a jurisprudência não seria vinculativa, mas apenas serviria de orientação.<sup>1142</sup>

No Brasil, já houve o efeito vinculante dos julgados na época imperial, contemplando-se, assim, precedentes gerais e obrigatórios. Dessa forma, durante o Império brasileiro, a Lei nº 2.684/1875 reconheceu a validade dos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, depois da criação do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro até a época da Independência.<sup>1143</sup>

Logo, na época das Ordenações Manuelinas e Filipinas, tivemos os assentos vinculantes. Na Constituição Imperial de 1824, o juiz era impedido de interpretar o Direito,

<sup>1139</sup> Tourinho Neto, *op. cit.*, p. 188-89.

<sup>1140</sup> Dias, J. L. F. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais. Op. cit.*, p. 112.

<sup>1141</sup> Peña, *op. cit.*, p. 81.

<sup>1142</sup> *Idem*, p. 81-82.

<sup>1143</sup> Dias, J. L. F. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais. Op. cit.*, p. 16.

pois a atividade interpretativa, conforme o art. 15, VIII, daquela Carta, competia ao Poder Legislativo. O juiz apenas cancelava o Direito; e esses fatos demonstram que precedentes gerais e obrigatórios não são exatamente uma *novidade* no ordenamento jurídico brasileiro.

Após breve esclarecimento acerca dos assentos portugueses e do *stare decisis* norte-americano, cumpre tratar de alguns argumentos utilizados pela doutrina brasileira, para, de um lado, concordar com a adoção da súmula vinculante; e de outro, criticá-la. Normalmente, parte da doutrina alega que aqueles modelos estrangeiros não devem ser seguidos no Brasil, pelo fato de que o País é adepto da família romano-germânica, caracterizado por um Direito codicístico, onde existe a primazia da lei que, por sua vez, representa a fonte primária e precípua dos direitos e obrigações, sendo que a jurisprudência sempre resultou da função jurisdicional do Estado, mas não constitui fonte do Direito.

Contudo, Mancuso destaca algumas exceções em que a jurisprudência aparece como fonte subsidiária como, *v.g.*, o art. 8º da CLT, que estabelece como fonte subsidiária nos demais ramos do Direito; ainda os arts. 4º, 5º, da LICC que mencionam outros meios de integração como os princípios gerais, a equidade e os costumes. Segundo o autor, a jurisprudência deu um verdadeiro *salto de qualidade*, no sentido de que hoje, gradualmente, vai se equiparando com a própria norma legal, pois enquanto a norma comporta várias interpretações, a jurisprudência sumulada ou dominante representa a norma, já interpretada segundo o entendimento pretoriano.<sup>1144</sup>

Com relação à crítica de que, com a adoção da súmula vinculante, a jurisprudência se tornará rígida ou imutável, Silva discorda neste ponto, já que o Supremo poderá criar, rever e cancelar as súmulas, mediante provocação dos legitimados, a propor a Ação direta de inconstitucionalidade, conforme estabelece o art. 103-A, § 2º, da Constituição Federal.<sup>1145</sup> Nesse sentido, Tourinho Neto entende que o efeito vinculante não fossiliza a jurisprudência, nem a ossifica, pois a jurisprudência evolui de forma lenta, apreendendo as transformações sociais, adaptando-se de maneira segura, de forma que a segurança jurídica não seja abalada.<sup>1146</sup>

Sabe-se que, no Brasil, existe um grande número de processos repetidos, ou seja, processos em que uma das partes é a mesma; versam sobre uma mesma questão jurídica; e levam anos até a obtenção de uma decisão final. Mas o Direito deveria ser igual para as pessoas que estão na mesma situação de fato e de direito e, por isso, uma solução razoável

---

<sup>1144</sup> Mancuso, R. C. *A Jurisprudência, dominante ou sumulada, e sua eficácia contemporânea*. *Op. cit.*, p. 41-44.

<sup>1145</sup> SILVA, Bruno Mattos e. A súmula vinculante para a administração pública aprovada pela reforma do judiciário. *Boletim de Doutrina ADCOAS*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 147-9, abril, 2005. p. 148.

<sup>1146</sup> Tourinho Neto, *op. cit.*, p. 187.

seria a de que tais casos fossem objeto de um único processo de conhecimento, ao contrário dos milhares de processos existentes que objetivam julgar idêntica questão jurídica.<sup>1147</sup>

Portanto, a criação da súmula vinculante pode ser atribuída, entre outros motivos, a uma resposta à crise que atravessa o Poder Judiciário atualmente. Essa criação faz parte da chamada reforma do Poder Judiciário, e é considerado um dos pontos mais polêmicos desta.

Lamy argumenta que, em respeito ao princípio da legalidade, da isonomia, entre outros princípios fundamentais, deve-se entender que o juiz não julga conforme a lei, e sim de acordo com o Direito. Este, por sua vez, não se resume à lei, mas envolve todo o sistema jurídico, abarcando a doutrina e jurisprudência. Segundo o autor, a adoção da súmula vinculante pressupõe uma concepção ampla e atual do princípio da legalidade, respeitando-se a doutrina e jurisprudência, e não apenas à lei em *stricto sensu* e; além disso, tendo em vista o princípio da legalidade em sentido amplo, não haveria, com relação às súmulas vinculantes, o desrespeito à cláusula pétrea constituída pelo princípio da legalidade, como um direito e garantia individual.<sup>1148</sup>

O *caput* do art. 5,<sup>o</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Neste caso, a divergência jurisprudencial provocada pela não adoção da súmula vinculante, por exemplo, fere o princípio da isonomia, pois há uma fragmentação das decisões bem como uma falta de coerência dos julgamentos.

Com relação à crítica do perigo de concentração de poder na cúpula do Supremo, Dias afirma que

[...], tem-se a convicção de que a mentalidade positivista-legalista já não possui a mesma força ideológica de tempo atrás. A magistratura hoje, no Brasil, assim como os advogados e o Ministério Público, adquiriu reconhecidos progressos no pensamento jurídico. A figura do *distinguishing* será obviamente utilizada como defesa dos cidadãos, ou seja, da justiça do caso concreto contra a vinculação utilitarista e abstrata.<sup>1149</sup>

Ademais, a súmula tem por fundamento um acúmulo de precedentes semelhantes, fato este que em muito se diferencia da atividade do Poder Legislativo na elaboração das leis, já que as súmulas provêm de atividade já realizada pelo Poder Judiciário reiteradamente ou

<sup>1147</sup> Quanto à sobrecarga de processos semelhantes que apresentam decisões divergentes, destaque-se que a Lei 11.276/2006 acrescentou o § 1<sup>o</sup> ao art. 518 do CPC, determinando que “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>1148</sup> Lamy, *op. cit.*, p. 122.

<sup>1149</sup> Dias, J. L. F. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. *Op. cit.*, p. 115-16.

repetitivamente. O que se objetiva realmente é uma diminuição nas repetições de julgados semelhantes em benefício da própria sociedade.

A instituição de súmulas para casos semelhantes e repetitivos, que contribuem para o emperramento da máquina judiciária não seria, de forma alguma, a *morte da função judicial*, já que a jurisprudência não deixará de existir, apenas se restringirá em benefício daqueles que procuram o Poder Judiciário, ou seja, em benefício dos jurisdicionados que esperam do sistema soluções objetivas e céleres para seus casos, ressaltando-se que objetividade e celeridade processual podem perfeitamente ser associadas a um julgamento justo e eficaz.

Mas a súmula vinculante deverá ser fruto de um processo dialético - que leve em conta questões repetitivas, e reconhecidas claramente pelas suas fortes semelhanças, e que produzam as mesmas decisões de forma reiterada - refletindo um exercício lógico-formal e tradicional, tornando-se, dessa forma, o processo de elaboração do precedente o mais democrático possível.

O questionamento sobre o motivo pelo qual a lei deve ser a única fonte do Direito, traz uma abertura no sentido de que a jurisprudência, ou a admissão da súmula vinculante, em determinadas hipóteses, também poderia representar uma fonte. Aqui, Dias questiona se não valeria a pena optar-se pela adoção de uma fonte jurisprudencial (costumeira) do Direito. Esta proposta representaria, segundo o autor, a flexibilização dos dogmas da infalibilidade do legislador e da rejeição à atividade criativa dos juízes; e a abordagem do Direito anglo-saxão abriria a possibilidade de renovação do método jurídico, para a produção de precedentes vinculantes como já ocorre no *common law*.<sup>1150</sup>

Para a adoção de um modelo desenvolvido como o *stare decisis*, é evidente que antes deverá ser realizado um estudo sócio-jurídico, a fim de se observar, no tempo e no espaço (diferentes regiões), as decisões paradigmáticas, ou as que se repetem ininterruptamente, determinar as semelhanças e, a partir daí, desenvolver uma técnica com base no modelo em questão, mas com as devidas adaptações para o ordenamento jurídico brasileiro.

Mesquita entende que a idéia de que modelos estrangeiros são sempre melhores que o nosso é um equívoco, quando os mesmos são importados e imitados de forma acrítica, deslumbrada e ingênua. Contudo o autor afirma que

---

<sup>1150</sup> Idem, p. 135-36.

A atenção progressiva ao direito comparado, presente em nossa quadra muito mais que em qualquer outro momento histórico, é algo extremamente salutar e indispensável. Assiste-se à ruptura das fronteiras nacionais, nos últimos decênios, especificamente no campo processual, com a potencialização de inúmeros congressos internacionais, dos quais são extraídos relatórios acerca dos temas mais atuais e palpitantes.<sup>1151</sup>

Com base em estudo de Michele Taruffo, Mancuso destaca o que se chama de *circulação de modelos*, ou seja, o intercâmbio de modelos inclusive entre sistemas de *common law* e sistemas de *civil law*. Neste caso, há inúmeros exemplos, citando-se apenas para ilustrar: a influência do modelo norte-americano, onde vários sistemas de *civil law* extraíram deste modelo o júri penal, como ocorreu na Espanha recentemente; a técnica do interrogatório cruzado, a idéia de pôr limites ao recurso às cortes supremas, a *class action*, etc. Por outro turno, há hipóteses de influências (bem menos freqüentes) do *civil law* no sistema do *common law* como, v.g., a consagração, na Inglaterra, com as Rules de 1999, da idéia de um Código Processual, algo que até então destoava da tradição inglesa.<sup>1152</sup>

O mais importante na questão do efeito vinculante, seja da súmula ou de decisão adotada pelo Supremo como Corte que exerce exclusivo controle da constitucionalidade, é a tentativa de se obter um melhor funcionamento do sistema judiciário, ou seja, o propósito de apresentar, de forma objetiva e coerente, uma resposta mais célere aos jurisdicionados. Além disso, tal mecanismo poderá ter bons resultados no aspecto da economia processual, já que um dos seus objetivos é inibir a interposição de recursos protelatórios.

Com relação à questão da segurança jurídica, Moreira Neto, sustenta que as súmulas vinculantes deveriam ser adotadas em razão da reiteração *ad nauseam* de decisões idênticas, o que amiúde ocorre em matéria administrativa e tributária, já que isso não só desobstruiria o trabalho dos tribunais - permitindo que pudessem se concentrar sobre processos não-homogêneos - mas também agilizaria os feitos em primeira instância, trazendo, sobretudo, maior segurança para os jurisdicionados.<sup>1153</sup>

A grande quantidade de sentenças contraditórias que chegam os tribunais superiores, e que recebem destes a mesma resposta, durante largo período de tempo, contribui para tornar a Justiça mais lenta, reduzindo a qualidade da prestação jurisdicional. Além disso, a falta de segurança jurídica é, sem dúvida, um ponto muito negativo, já que a prestação jurisdicional vira uma espécie de loteria, onde casos idênticos podem assumir diferentes desfechos.

<sup>1151</sup> Mesquita, *op. cit.*, p. 457.

<sup>1152</sup> Mancuso, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 45-46.

<sup>1153</sup> Moreira Neto, *op. cit.*, p. 88-89.



Silva afirma que a adoção da súmula vinculante, “[...] desestimularia medidas procrastinatórias (exemplo: recursos protelatórios que seriam rapidamente julgados, obtenção de liminares que seriam rapidamente vogadas pelo tribunal etc.), isto é, desestimularia que as pessoas usassem a Justiça para praticar injustiças.”<sup>1154</sup> O autor comenta que, hoje, ao contrário, as pessoas usam medidas judiciais para ganhar tempo para o cumprimento de suas obrigações; além de um elevado grau de imprevisibilidade das decisões judiciais, produzindo o aumento da insegurança jurídica.

Não há como se negar que a obrigatoriedade de vinculação das súmulas trará maior estabilidade e previsibilidade nas instituições jurídicas, já que, atualmente, alguns casos apresentados ao Judiciário ultrapassam o duplo grau de jurisdição, sendo o caminho recursal praticamente obrigatório para quem ingressa com uma ação naquele Poder. Este *excesso*<sup>1155</sup> é utilizado num grande percentual dos casos, com a finalidade de procrastinação dos feitos, tornando a justiça lenta e morosa, e até mesmo ineficaz.

Nesse sentido, Dias considera o efeito vinculante saudável e democrático, desde que concreto e casuístico, ou seja, obtido pelo método experimental, empírico-pragmático, onde o juiz tem a possibilidade de escolha da *ratio decidendi* do precedente da Corte Suprema, que passará a valer como fonte formal do Direito. Segundo o autor, a súmula vinculante traria a estabilidade como um pré-requisito da democracia, além de trazer também maior igualdade jurídica de tratamento. Aqui, a tradição seria a conselheira, isto é, uma fonte de experiência e verificação empírica do Direito vigente.<sup>1156</sup>

---

<sup>1154</sup> Silva, B. M. *A súmula vinculante para a administração pública aprovada pela reforma do judiciário*. *Op. cit.*, p. 148.

<sup>1155</sup> De acordo com Dias, “No Brasil foram ajuizados nos anos de 1999 e 2000, na Justiça Comum, Federal e do Trabalho de 1º grau, o impressionante número de 23.824.277 (vinte e três milhões, oitocentos e vinte e quatro mil, duzentos e setenta e sete processos) e julgados 16.902.592 (dezesesseis milhões, novecentos e dois mil, quinhentos e noventa e dois processos). Foram julgados em última instância pelo STF nos anos de 1999 e 2001 o número de 142.445 processos. Portanto, pode-se concluir que o STF julgou no citado período aproximadamente 0,8% do total de processos julgados em primeiro grau de jurisdição. Os dados são totalmente diversos na Suprema Corte americana. O número de casos apresentados na Suprema Corte aumentaram de 7.109 em 1998 para 7.377 em 1990. Durante o ano de 1999, 83 casos foram argüidos e 79 foram analisados em 74 decisões. Vê-se, portanto, que dos casos apresentados para a Corte apreciar apenas 1% (um por cento), aproximadamente, mereceu efetivo julgamento. No caso do STF, dos milhões de casos julgados em primeira instância nos anos de 1999 e 2000, a nossa corte julgou 0,8% (zero vírgula oito por cento). Apenas para comparação, contabiliza-se para o julgamento total de 142.445 processos em dois anos indica que a Corte julgou, por dia, 195 processos. Descontadas as férias, fins de semana, noites, cada um dos onze ministros julgou aproximadamente 17 processos por dia, sem que tivessem quaisquer intervalos, para dormir ou se alimentar, nos 730 dias que compreendem os anos de 1999 e 2000. Vê-se, portanto, a artificialidade destes números. Trata-se de ficção jurídica. Porém, destes números pode extrair-se o efeito devastador da procrastinação dos feitos. É bom dizer que sob cada um destes casos julgados pende execução definitiva, de uma obrigação jurídica outrora inadimplida.” In: Dias, J. L. F. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. *Op. cit.*, p. 131-32.

<sup>1156</sup> Idem, p. 120-122.

Com relação à natureza jurídica das súmulas vinculantes, existe uma grande discussão em torno do assunto, no sentido de que alguns autores entendem que se trata de dispositivo proveniente de fonte jurisprudencial. Outros entendem que aquela súmula tem natureza jurídica de lei, já que teria, como ocorre no efeito normativo, o caráter geral e abstrato desta. Nesse sentido, Sarlet defende que, com relação ao efeito das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, admiti-se a sua vinculatividade, mas tanto a declaração de constitucionalidade com efeito vinculante, quanto as súmulas vinculantes confeririam caráter normativo às decisões da jurisdição constitucional, transformando-a numa espécie de legislador positivo, ofendendo-se aos princípios do Estado de Direito e da separação dos Poderes, previstos constitucionalmente.<sup>1157</sup> Peña ainda é mais enfático ao afirmar que

A súmula vinculante, de outra forma, transmudará, segundo seus críticos, o Poder Judiciário em legislador positivo, pois não se limitará a verificar a conformidade da lei editada com a Constituição, irá além, fixará a interpretação de textos normativos, atribuindo-lhes eficácia geral e abstrata, inovando a ordem jurídica com a elaboração de norma prospectiva com eficácia *erga omnes*.<sup>1158</sup>

De outro vértice, Dinamarco sustenta que as *normas* para as quais se pretende qualificar os juízes não dispõem de todo o caráter de generalidade e abstração que os transformaria em legisladores, pois a eficácia vinculante de decisões judiciais situa-se num plano intermediário entre o abstrato da lei e o concreto das decisões. Portanto, as súmulas conteriam normas específicas em relação às normas mais genéricas e abstratas; além disso, segundo o autor, elas dependeriam da existência das normas especificadas, pois ficará *prejudicada* a súmula quando a lei por ela se alterar. Assim, a súmula estaria hierarquicamente abaixo da lei que a especifica, e quando a súmula se referir a texto constitucional, dar-se-ia o mesmo sempre que este seja alterado ou ab-rogado.<sup>1159</sup>

Dinamarco ainda destaca que já existem áreas em que o Poder Judiciário exerce poder normativo, mesmo que de forma limitada, e mediante regras que não podem ser equiparadas à lei como, *v.g.*, na competência do Supremo para exercer o controle concentrado da constitucionalidade; no poder deste tribunal para declarar incidentalmente essas inconstitucionalidades, e provocar o Senado para que este realize a suspensão da eficácia dos atos viciados; na competência da Justiça do Trabalho, para ditar normas referentes a dissídios coletivos; e ainda na instituição de *sentença genérica*, no caso de danos decorrentes das

<sup>1157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Efeito vinculante e Deforma do Judiciário. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 2. p. 15-23, 2002. p. 21.

<sup>1158</sup> Peña, *op. cit.*, p. 84.

<sup>1159</sup> Dinamarco, C. R. *Súmulas vinculantes*. *Op. cit.*, p. 60-65.

relações de consumo, que vai além da lei, e se aproxima mais do que ela ao plano das normas concretas, vinculando o juiz que examinará a situação de cada pretendente.<sup>1160</sup>

De fato, se a pretensão da súmula vinculante fosse que as decisões dos tribunais superiores tornem-se semelhantes à lei, no sentido de apresentarem-se como preceitos genéricos e abstratos (com força de lei) certamente estar-se-ia invadindo a competência do Legislativo. Por isso, no estabelecimento da súmula de efeito vinculante, o tribunal deverá se ater ao caso concreto, a fim de que seu trabalho tenha valia para os casos semelhantes.

Quanto à alegação de que a súmula vinculante afrontaria o princípio da separação dos Poderes, para Streck, por exemplo, com a adoção da súmula, o Poder Judiciário quebrará a harmonia e a independência entre os Poderes da República, já que este Poder não possui legitimidade para o exercício daquela função. Ademais, a criação da súmula acarretaria o efeito *erga omnes* das mesmas, e nenhum outro tribunal ou juiz poderia contestá-las, o que seria temerário, correndo-se o risco, por exemplo, de se amordaçar *legalmente* a sociedade e a própria estrutura do Judiciário.<sup>1161</sup> Neste caso, ele ainda manifesta seu temor com relação aos governos autoritários que venham a interferir na autonomia dos Poderes da União como em caso de ditaduras, por exemplo.

De fato, o Direito atribuiu ao Poder Legislativo, cujos membros são eleitos pelo povo, a função de elaboração das leis; e ao Poder Judiciário compete a interpretação e aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. Alguns autores entendem que o Judiciário brasileiro não possui tradição nem legitimidade democrática para dizer a lei de forma abstrata e genérica, o que equivaleria a legislar. Argumenta-se que os magistrados não têm investidura eletiva popular e que as súmulas vinculantes comprometeriam a independência dos juízes nas comarcas.<sup>1162</sup>

Por seu turno, Dinamarco observa que os juristas de formação continental-européia, geralmente mantinham-se bastante apegados a separação dos Poderes, até que o sistema de tutela jurisdicional surgiu, iniciando-se uma abertura caracterizada pela *transmigração do individual para o coletivo*. Segundo o autor, essa transmigração significa uma *ampliação* das oportunidades e preocupações para que, além da individual, também a tutela jurisdicional coletiva seja uma realidade; e hoje além dos casos individuais, o juiz moderno lida tanto com casos individuais quanto com casos provenientes do *impacto de massa*. Dinamarco explica que, institucionalmente, a separação funcional entre os *Poderes do*

---

<sup>1160</sup> Idem, p. 65.

<sup>1161</sup> Streck, *op. cit.*, p. 44-45.

<sup>1162</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. In: TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e Celso Bastos Editor, 1998. p. 150.

*Estado*, como conseqüência das sentenças genéricas, conferiu-se ao juiz do processo de conhecimento o poder de ditar uma norma quase-abstrata.<sup>1163</sup> Sobre esse ponto, Mancuso afirma que

Essa tradicional vinculação do juiz à estrita norma de regência possivelmente seja um reflexo do ideário de Montesquieu, que pregou a repartição entre os Poderes, mas, sabidamente, não os tratou em modo igualitário, sobrelevando a função legislativa e relegando a um segundo plano a do Judiciário, reduzido a operar como *la bouche de la loi*.<sup>1164</sup>

O autor ainda observa que

Mesmo em se concedendo o avanço notável do dado jurisprudencial, especialmente do direito sumular, não há negar que, antes e acima, há sempre uma norma a potencializar a eficácia do precedente judiciário (v.g. CPC, arts. 120, parágrafo único; 481, parágrafo único; 557 e § 1º-A), inclusive ao nível constitucional (art. 103-A, cf. EC n. 45/2004).<sup>1165</sup>

De acordo com Peña, o Supremo Tribunal Federal é responsável pelo julgamento de matérias constitucionais, ensejando, dessa forma, a edição de súmulas com força de norma constitucional, acarretando, com isso, que uma interpretação da norma aplicada no âmbito do controle difuso, converta-se em reforma constitucional, com decisões de casos concretos com efeitos *erga omnes*. Assim, o autor defende que aquele tribunal passará a ter um poder reformador da norma constitucional, ensejando, com isso, até mesmo a impossibilidade de uma mudança via processo legislativo infraconstitucional.<sup>1166</sup>

Streck questiona se o mecanismo do envio ao Senado Federal (art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil) relativo à suspensão da execução das leis inconstitucionais, pelo controle difuso de constitucionalidade, tem sido usado pelo Supremo. O autor ainda observa que é o próprio Estado o grande congestionador dos tribunais, recorrendo de processos que sabidamente perderá; e que a lentidão do Poder Judiciário seria atribuída ao fato dele estar baseado numa estrutura arcaica e burocrática, permeada por um imaginário conservador, resultante de uma grande crise de paradigma que atravessa a dogmática jurídica.<sup>1167</sup>

Contudo, entende-se que a súmula vinculante tem caráter jurisdicional, pois provém do Poder Judiciário; além de apresentar cunho interpretativo, já que revela o sentido da lei por meio da condensação de reiterados julgamentos semelhantes com decisões no

<sup>1163</sup> Dinamarco, C. R. *Súmulas vinculantes*. *Op. cit.*, p. 58-59.

<sup>1164</sup> Mancuso, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>1165</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>1166</sup> Peña, *op. cit.*, p. 88-89.

<sup>1167</sup> Streck, *op. cit.*, p. 46.

mesmo sentido. Deste modo, aquela súmula não cria e não inova como ocorre com a lei elaborada pelo Poder Legislativo.

Não obstante toda a polêmica gerada em torno da súmula vinculante, repete-se que o efeito vinculante já existe, *v.g.*, no controle concentrado da constitucionalidade - na Ação declaratória de constitucionalidade;<sup>1168</sup> na Ação direta de inconstitucionalidade; na argüição de descumprimento de preceito fundamental; desde 1993, na Ação direta de constitucionalidade - além daquele efeito também estar presente em algumas hipóteses do controle difuso.<sup>1169</sup> E, como dito anteriormente, hoje as divergências jurisprudenciais tendem a ser solucionadas em razão do efeito *erga omnes*, com conseqüências fáticas semelhantes as do efeito vinculante. Aquele efeito se dá, por exemplo, na sentença das ações coletivas conforme o estabelecido no art. 103 do CDC. Nesse sentido, Tavares afirma que

A súmula vinculante poderá cumprir importante papel no Direito brasileiro, e não irá muito além do efeito vinculante já existente para a ação declaratória de constitucionalidade. Ademais, sempre restará uma certa abertura para o magistrado, na medida em que é só a análise do caso concreto que poderá determinar se a súmula incide ou não. Nesse “vazio”, portanto, atua a compreensão do magistrado e do próprio administrador.<sup>1170</sup>

O art. 103-A da Carta Magna dispõe que o STF, de ofício ou por provocação,<sup>1171</sup> mediante decisão de 2/3 de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre a matéria, poderá adotar súmula com efeitos vinculantes em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, súmula - que terá por objetivo a validade, a interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que

<sup>1168</sup> Observa-se que o único caso expresso de vinculação das decisões judiciais previsto na legislação nacional está estabelecido no art. 102, § 2º, da CF, ou seja, a ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, na ação direta de inconstitucionalidade, apesar de não explícito, o efeito vinculante se dá no sentido de que, declarada a inconstitucionalidade da lei, esta será expurgada do ordenamento jurídico.

<sup>1169</sup> Ver seção 3, deste trabalho, no ponto em que se trata das ações ambientais no controle de constitucionalidade.

<sup>1170</sup> Tavares, A. R. *Tribunal e jurisdição constitucional*. *Op. cit.*, p. 150.

<sup>1171</sup> A Lei nº 11.417/06 trata da seguinte forma a legitimação ativa: “Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; I - a Mesa do Senado Federal; II - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (§ 1º).

Silva observa que se o Supremo, como órgão competente para interpretar a Constituição, decidir que a interpretação de um dispositivo constitucional deve ser orientada em determinado sentido, não é razoável que qualquer outro órgão do Estado interprete em sentido contrário. Portanto, quando aquela Corte decidir, por meio de quaisquer decisões vinculantes, deve o administrador público determinar o cumprimento do conteúdo da decisão ou súmula para todas as pessoas que estiverem em idêntica situação, ainda que não tenham proposto qualquer ação judicial ou efetuado qualquer pedido administrativo.<sup>1172</sup>

Nestes termos, Silva explica que tal direito deve ser efetivado mediante extensão administrativa a todas as pessoas que se encontrarem na mesma situação de fato e de direito, que as pessoas cujas decisões judiciais geraram a súmula vinculante. Segundo o autor, a Administração deve conceder o direito de forma espontânea, mas se não o fizer de ofício, deverá fazê-lo mediante simples petição ao órgão público, e se isso não ocorrer, deve-se formalizar uma reclamação dirigida diretamente ao STF contra o órgão que descumprir a súmula vinculante, nos termos do art. 103-A, § 3º, da Constituição.<sup>1173</sup>

Ressalte-se que o objetivo da súmula vinculante é a validade, interpretação e eficácia de determinadas normas, onde haja controvérsia atual entre os órgãos do Judiciário, ou entre esses e a Administração Pública, nos casos em que se constate grave insegurança jurídica, além de relevante acúmulo de processos sobre questão idêntica.<sup>1174</sup> Além disso, o § 2º do art. 103-A prevê que a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada pelos mesmos legitimados para a propositura da Ação direta de inconstitucionalidade.

Destarte, apesar de a súmula vinculante trazer certa previsibilidade para as relações jurídicas, ela ainda comporta algumas incertezas, em função da sua possibilidade de revisão ou cancelamento. Além da uniformidade e a estabilidade nas decisões jurídicas, a súmula traz também certa flexibilidade, e ajustamento das decisões sumuladas a cada caso concreto.

Quanto à possibilidade de recurso, o § 3º, do art. 103-A estabelece que caberá reclamação por ato administrativo ou decisão judicial contrária à súmula, ou se a aplicação desta ocorrer de forma indevida. Caso o Supremo julgue pela procedência da reclamação,

---

<sup>1172</sup> Silva, B. M. *A súmula vinculante para a administração pública aprovada pela reforma do judiciário*. Op. cit., p. 148-49.

<sup>1173</sup> Idem, p. 149.

<sup>1174</sup> Art. 103-A, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme a especificidade do caso.

O instrumento de reclamação estabelecido neste dispositivo terá o objetivo de anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial reclamada contrário à súmula, mas não tem o propósito de reformar ou julgar novamente o ato administrativo ou decisão jurisdicional. Em razão disso, a reclamação não poderá ser utilizada como meio para a criação de um sistema de alteração das súmulas vinculantes. Mas o art. 5º, da Lei nº. 11.417/06, estabelece que “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.”

De acordo com Lamy, os feitos mais repetitivos não deverão ser analisados pelas instâncias inferiores, sob pena de haver extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC), quando este contrariar o entendimento sumulado, com a conseqüente condenação ao ônus da sucumbência. Para o autor, além da reclamação seria cabível a propositura de Ação declaratória de inexistência dos feitos jurisdicionais decididos contrariamente à súmula vinculante. Isso porque tal decisão seria juridicamente impossível, não havendo a presença desse pressuposto de existência do processo, impossibilitando também a propositura de Ação rescisória fundamentada no art. 485, V, do CPC, nessas situações.<sup>1175</sup>

Quanto à questão da independência dos juízes de primeiro grau, Sarlet argumenta que a adoção da súmula vinculante poderá gerar uma *superinstância controladora* não desejável para o Estado democrático de Direito planejado, porém não implementado pela atual Constituição. Segundo o autor, a resistência àquela sumula e à Ação declaratória de constitucionalidade deve-se ao fato da imprescindibilidade do exercício dos trabalhos de cada juiz e Tribunal, com independência, como um verdadeiro *Juiz Constitucional*.<sup>1176</sup>

O juiz de primeiro grau é de grande importância para o sistema jurídico brasileiro, com o mesmo grau de importância de qualquer outro juiz das instâncias superiores. Talvez a sua relevância seja ainda maior, pelo fato deste estar diante da realidade da causa, dos fatos, do depoimento das partes, das testemunhas etc., ou seja, é o juiz de primeiro grau que tem o contato direto e sensível à causa apresentada. Além disso, é ele que começa a formar a jurisprudência, e que leva ao tribunal a primeira leitura da norma, a fim de que o mesmo mantenha ou reforme a sua decisão.

---

<sup>1175</sup> Lamy, *op. cit.*, p. 134.

<sup>1176</sup> Sarlet, I. W.. *Efeito vinculante e Deforma do Judiciário*. *Op. cit.*, p. 22-23.

Por outro lado, o número de recursos que são atualmente interpostos nos tribunais é tão extenso que, segundo Tourinho Neto, estes, por ser contrários à jurisprudência do Supremo, sequer seriam lidos pelos ministros. Os assessores realizariam uma triagem, rotulariam com votos padronizados. Assim, julgar-se-ia *por atacado*, e a única vantagem desses recursos seria atrasar o fim do processo.<sup>1177</sup>

Atualmente nas instâncias inferiores ocorre o julgamento de causas idênticas, proferindo-se sentenças diferenciadas, para somente depois de muito tempo ocorrer a uniformização pelo Supremo Tribunal Federal, o que representa uma perda de tempo, dinheiro e honorários advocatícios desembolsados sem necessidade. Sobre esse assunto, Tourinho Neto comenta que

Belo é dizer que cada juiz pode interpretar a lei como entender, decidindo, inclusive, contra o Supremo. Encantador. Nada prático, porém. Nem é justo incutir no coitado do cidadão uma esperança vã, quimérica. Esquece-se que “o processo tem uma finalidade que interessa à comunidade. Essa finalidade de caráter público consiste em garantir a efetividade integral do direito” (Eduardo Couture).<sup>1178</sup>

De acordo com Peña, a autodeterminação do juiz, ou a sua liberdade de decisão não mudaria muito com a adoção da súmula vinculante, já que os magistrados já seriam meros repetidores da lei, pois atualmente (num sistema *secundum legem*) eles precisam julgar conforme a lei. E, se esta é *vinculante*, ou seja, obrigatória, os magistrados julgam os casos de acordo com o seu entendimento dessa mesma lei; e idêntico procedimento ocorrerá com a instituição da súmula.<sup>1179</sup> Por outro turno, Sônego afirma que

Não é novidade que na lei, muitas vezes, podem existir diversos entendimentos. Em determinado caso, certamente também. Pode haver uma tendência (jurisprudência, jurisprudência dominante, súmula), mas não há nada determinando que o Juiz deva julgar o caso de uma maneira ou outra. Ele é livre, de acordo com o seu entendimento, convencimento e consciência para apreciar o processo.<sup>1180</sup>

Contudo, neste caso, observa-se que um dos grandes propósitos da instituição da súmula vinculante - a celeridade e o não acúmulo de processos semelhantes - seria frustrado, já que muitas vezes por motivos procrastinatórios, advogados estendem seus processos até a última instância do Poder Judiciário, mesmo contra determinada tendência, ou aproximado consenso.

<sup>1177</sup> Tourinho Neto, *op. cit.*, p. 186.

<sup>1178</sup> Idem, p. 186-87.

<sup>1179</sup> Peña, *op. cit.*, p. 90.

<sup>1180</sup> Sônego, *op. cit.*, p. 119.



Outra crítica contrária à instituição da súmula vinculante refere-se ao argumento de que dois juízes poderão ter visões ou julgamentos diferentes em casos semelhantes, e a adoção daquela restringiria a liberdade de convencimento do magistrado. Nesse sentido Sônego assevera que

[...], uma súmula vinculante que obriga o Magistrado a julgar em determinado sentido, pode acabar gerando injustiças graves. Nem sempre os feitos conseguem chegar aos Tribunais Superiores, o que talvez dificultasse ou postergasse a chegada de determinada matéria, já sumulada (principalmente se não puder recorrer), ao tribunal para nova análise, dependendo de como ficar prevista a possibilidade de modificação e revisão da súmula.<sup>1181</sup>

Neste ponto, o importante é que haja uma adequada subsunção do caso concreto analisado ao que já esteja sumulado pelo STF. Além disso, um feito que raramente chega aos tribunais superiores não seria objeto de súmula, já que o acúmulo de precedentes é condição para esta. Assim, fica afastado o prejuízo do acesso ao segundo grau de jurisdição, salvo, repita-se, daqueles casos em que o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões exaustivas no mesmo sentido.

Ademais, a liberdade do magistrado seria cerceada apenas em determinados casos objetos de súmulas, e não abalaria o seu livre convencimento de forma integral. Por outro lado, o Poder Judiciário é um sistema que precisa funcionar em benefício da sociedade. Também a condição do magistrado das instâncias inferiores, suas prerrogativas não serão necessariamente atingidas pelo estabelecimento de súmula vinculante. Esta não poderá, evidentemente, contrariar as prerrogativas que estão estabelecidas constitucionalmente; mas a sua independência adviria da vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, garantias estabelecidas no art. 95 da atual Carta Política.

Então, se a celeridade e objetividade é bom para a sociedade como um todo, há que se pesar os dois lados, e procurar verificar os ganhos e as perdas que poderão advir com a adoção da súmula vinculante. Afinal, em se tratando de um sistema, qual seria a diferença de a resposta vir de uma Corte Suprema ou de um juiz singular, isso em casos que normalmente são controversos, e que promovem um acúmulo de processos no Poder Judiciário.

Dias entende que a independência do juiz e a súmula vinculante não são inconciliáveis, pois, mesmo nesse caso, os juízes deverão analisar os casos concretos a fim de verificar se estes podem ser encaixados no verbete sumular, apresentando as razões de fato e de direito de seu convencimento. Além disso, para o doutrinador, não faz sentido que um

---

<sup>1181</sup> Idem, p. 119-20.

magistrado respeite as decisões proferidas concretamente em grau recursal pelos tribunais superiores e não respeite decisões sumuladas, difusas.<sup>1182</sup>

No entanto, Dias assevera que “a súmula vinculante, caso venha conformar-se num texto análogo à lei, só que produzida pelo Judiciário, pouca utilidade terá. Isto porque a vinculação dos juízes de primeiro grau não lhes poderá subtrair a consciência jurídica e a faculdade de interpretação da súmula, tal como ocorre com o texto legal.”<sup>1183</sup> Nesse sentido Peña afirma que

Se hoje interpreta a lei, de forma a encontrar o sentido que entenda melhor refletir Justiça, amanhã a exegese será feita sobre o enunciado da súmula vinculante, como atualmente já faz com as súmulas persuasivas. Todas estas ‘insubordinações’ dos juízes serão impugnáveis por meio da reclamação, conforme a previsão do texto substitutivo, e o STF continuará a se deparar com enxurradas de recursos.<sup>1184</sup>

Em razão disso, o modelo de súmula vinculante deverá ter a pretensão de convencer ou persuadir os juízes de primeiro grau em adotá-las, não pela obrigatoriedade jurídica em si, mas por motivos de simples similaridade entre casos já apresentados reiteradamente ao Judiciário e que, ao final de uma gama de recursos, tiveram a mesma solução. Afinal, casos semelhantes sucessivamente julgados da mesma forma, estabelecendo determinado consenso numa comunidade jurídica, deverão servir ao propósito de toda a coletividade que aguarda uma efetiva prestação jurisdicional.

De outro vértice, Cintra Júnior entende que o fato de o juiz poder interpretar a lei no sentido já firmado pelos tribunais superiores representa algo autoritário. Para o autor,

Tal controle interno das decisões judiciais, por meio de súmulas vinculantes, só responde aos interesses de elites econômicas e sobretudo dos governos que pretendem restringir aos órgãos de cúpula do Judiciário decisões de conflitos que interessem à tão propalada governabilidade, que quase sempre esconde desrespeito à Constituição e aos princípios que regem a ordem democrática.<sup>1185</sup>

Quanto à possibilidade de os juízes serem submissos à imposição de súmulas fechadas, que impossibilitem discussão, Dias observa que se isto não ocorre com a lei, por que tal fato ocorreria com a súmula? O autor afirma que “a cristalização do Direito é tema diretamente ligado à independência dos juízes. A criatividade judicial inexoravelmente,

---

<sup>1182</sup> Lamy, *op. cit.*, p. 124.

<sup>1183</sup> Dias, J. L. F. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais. Op. cit.*, p. 69-70.

<sup>1184</sup> Peña, *op. cit.*, p. 92.

<sup>1185</sup> Cintra Júnior, *op. cit.*, p. 301.

queiram ou não os seus críticos, atualiza a norma legal para os dias atuais e ela estará presente sempre que tiver o juiz independência real para promovê-la.”<sup>1186</sup>

Tendo em vista os usuais argumentos contrários à instituição da súmula vinculante como, v.g., a perda do sentido inovador da seqüência de decisões; a perda do poder dos tribunais intermediários; o engessamento da jurisprudência, com a dificuldade de revê-la, Moreira Neto entende que seria uma alternativa menos traumática a atribuição ao Supremo do caráter de exclusiva Corte Constitucional, a exemplo do que ocorre no sistema jurídico alemão. Neste, há o exame incidental de constitucionalidade, onde qualquer juiz ou tribunal, ao enfrentar as questões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, argüida ou não pelas partes, suscitá-la-ia de forma direta à Corte Constitucional, declinando os seus próprios argumentos.<sup>1187</sup>

Por outro lado, Guedes critica a idéia de um Tribunal Constitucional ou um órgão integrante do Poder Judiciário que tenha a função de exercer o controle de constitucionalidade das leis, argumentando a impossibilidade, pela falta de critérios estritamente jurídicos, de se exercer um controle técnico-jurídico de atos eminentemente políticos; a incerteza de que o órgão designado se limite a decidir conforme as regras estabelecidas; além da falta de legitimidade de um órgão técnico para julgar os atos do legislador, representante da vontade popular.<sup>1188</sup>

Neste caso, o problema suscitado trata do fato de se questionar se o Tribunal Constitucional teria a função ou a competência de adequar o legislador com o texto da Constituição; e, além disso, quem poderá garantir que o próprio Tribunal (o Supremo Tribunal Federal, no Brasil) agirá de acordo com o texto constitucional.

Com relação às ações ambientais, Castilho afirma que o exame dos casos apreciados pelos Tribunais Regionais Federais - TRFs, com idênticos tópicos e selecionados nas mesmas condições e limites, mostra vários aspectos que os tribunais superiores deixam de considerar, ou não chegam a examinar pela exclusão ou preclusão puramente processual, deixando para os tribunais intermediários a tarefa de resolvê-los definitivamente com o grave inconveniente da não-uniformidade. Para o autor, os TRFs podem ter soluções diferentes para os mesmos assuntos em razão das influências e determinantes locais, mas estas diferentes

---

<sup>1186</sup> Dias, J. L. F. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. *Op. cit.*, p. 112.

<sup>1187</sup> Moreira Neto, *op. cit.*, p. 89.

<sup>1188</sup> Guedes, *op. cit.*, p. 129.

decisões, quando não uniformizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, geram jurisprudência díspare com trânsito em julgado.<sup>1189</sup>

Alguns autores ainda argumentam que as súmulas não descongestionarão o Poder Judiciário, pois, assim como as leis, serão interpretadas, e caberá ainda aos tribunais superiores resolver as controvérsias, não mais por interposição de recurso extraordinário, mas por reclamação. Em razão disso, sugere-se que a solução do conflito se dê pela via administrativa, associada à adoção do controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional. Uma outra solução também apontada seria a adoção da súmula impeditiva de recursos.<sup>1190</sup> Sobre esse ponto Streck faz a seguinte crítica:

Isto é um paradoxo, uma vez que, pelos mecanismos vinculativos, o sistema torna-se mais fechado, mas, como a súmula vinculante (e a vinculação das decisões em sede de interpretação conforme, p.ex.) *também é um novo texto, tal circunstância torna ao mesmo tempo o sistema aberto para novas interpretações.* [...]. Ou seja, do mesmo modo como as leis (textos) não são claras, as decisões que se pretendem universalizantes como as súmulas também não o são...<sup>1191</sup>

No que afeta ao argumento de que as súmulas não descongestionarão o Poder Judiciário, pois, assim como as leis, serão interpretadas, entende-se que esse problema poderia ser amenizado com a imposição de multas de valores relevantes, a fim de se inibir o que atualmente se chama de litigância de má-fé, prevista no Código de Processo Civil. A instituição de multas vultosas, aliada à clareza e objetividade na redação das súmulas, além da imposição efetiva por parte dos magistrados daquela sanção, poderá conferir bons resultados aos precedentes obrigatórios.

Quanto à súmula impeditiva de recursos, de acordo com Pena, esta seria formada nos mesmos moldes das súmulas vinculantes, com a função de obstar a admissibilidade de recurso movido contra decisão que a adotasse. As decisões contrárias às súmulas seriam passíveis de impugnação recursal, com o propósito de se conferir maior celeridade aos julgamentos, além de se promover a diminuição do número de recursos e mesmo de processos, preservando, todavia, a independência, a espontaneidade e liberdade do juiz e garantindo o desenvolvimento do Direito.<sup>1192</sup>

Contrário à adoção da súmula vinculante, Rebouças argumenta que esta impediria que o juiz apreciasse questão de ofensa a Direito (art. 5º, XXXV, da CF); e, além disso, ela ofenderia o art. 5º, LV, da Carta Magna, pois as questões sumuladas subtrairiam as garantias

<sup>1189</sup> Castilho, *op. cit.*, p. 164.

<sup>1190</sup> Peña, *op. cit.*, p. 91-92.

<sup>1191</sup> STRECK, L. L. *Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas.* *Op. cit.*, p. 120-21.

<sup>1192</sup> Peña, *op. cit.*, p. 93.

do contraditório e da ampla defesa. Assim, o autor também sugere que se adote a súmula restritiva ou impeditiva de recurso; e já que o Poder Público é o maior responsável pela sobrecarga do Poder Judiciário, Rebouças entende pertinente a adoção de súmulas administrativas, a fim de se impedir os recursos protelatórios.<sup>1193</sup>

Streck assinala que mecanismos de filtragem devidamente executados no primeiro grau poderiam impedir as discussões desprezíveis ou inócuas nos demais graus de jurisdição. Ele afirma que um exame rigoroso das petições iniciais, com fulcro no art. 282, do CPC, evitaria o acúmulo de processos; e destaca a importância de um adequado manejo do despacho saneador.<sup>1194</sup> Haveria também outras providências que eliminariam um percentual razoável de processos e recursos criminais como, por exemplo, a aplicação do princípio da insignificância; a aplicação do princípio acusatório; uma análise criteriosa (e garantista) das condições da ação no ato do recebimento da denúncia, verificando-se, *v.g.*, a existência de justa causa. Além disso, o autor sugere

A criação de tribunais administrativos, com a competência para o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto litígios derivados das relações administrativas e fiscais, com a previsão de um Tribunal Administrativo Superior (sem prejuízo da competência própria do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Constitucional que venha a ser criado), a exemplo do que ocorre em países como França, Portugal e Espanha, igualmente poderia representar significativo avanço no terreno da efetividade qualitativa dos processos e da jurisdição constitucional.<sup>1195</sup>

O autor ainda defende que a adequada utilização dos mecanismos da jurisdição constitucional - especialmente nas hipóteses de discussão de inconstitucionalidade de um texto normativo - *cercaria* o problema relativo à repetição/proliferação de recursos. Neste caso, o essencial seria que as decisões judiciais fossem rigorosamente motivadas/justificadas.<sup>1196</sup>

No que concerne à opção da súmula impeditiva de recursos, a Lei nº. 11.276, de fevereiro de 2006, a instituiu, e hoje encontra previsão expressa no § 1º, do art. 518, do CPC, que estabelece que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.” Destarte, as súmulas do STF e do STJ são atualmente consideradas como *impeditivas de recursos*. Já as *súmulas vinculantes* são aquelas aprovadas pelo Supremo, e caracterizam-se pelo seu caráter obrigatório. Ressalte-se, todavia, que o não conhecimento da apelação poderá

<sup>1193</sup> Rebouças, *op. cit.*, p. 82-86.

<sup>1194</sup> STRECK, L. L. *Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas*. *Op. cit.*, p. 121-22.

<sup>1195</sup> *Idem*, p. 122.

<sup>1196</sup> *Ibidem*, p. 124; 127.

ser parcial, apenas naquilo que atingir a súmula; e ainda, que se o recurso for interposto para discutir a *aplicação* da súmula, ele deverá subir ao tribunal.

Assim, admite-se que - como ocorre nos casos de possibilidade de *reclamação* em razão de problemas de caráter hermenêutico ao Pretório Excelso, nas hipóteses de súmula vinculante - também nas chamadas súmulas impeditivas de recursos existem algumas brechas, ou possibilidades de tornar ineficaz o propósito precípua destes dispositivos, ou seja: o impedimento de recursos protelatórios; uma maior celeridade no julgamento dos feitos; a economia processual; e, de forma indireta, o aumento da credibilidade do sistema judiciário.

Evidentemente, que a adoção da súmula vinculante tem seus aspectos positivos e negativos, mas entende-se que, em determinadas condições, a sua utilização seria pertinente, sobretudo na *solução de problemas de caráter eminentemente processual*. Neste caso, tendo em vista que um dos principais problemas que levam as partes a interpor recursos nos TRFs e tribunais superiores brasileiros em matéria ambiental, são os assuntos relacionados com a *competência*, defende-se que esta seja estabelecida na primeira instância e que, a partir daí, seja vedada a sua modificação ou discussão, de modo que - mesmo que se verifique posteriormente algum aspecto ou fato que teoricamente a modificaria - o órgão incumbido inicialmente para o julgamento da ação deverá ser mantido.

Esta, sem dúvida, seria uma solução prática e coerente, já que não existe hierarquia no âmbito do Poder Judiciário e - seja qual for o órgão deste Poder eleito para o julgamento da questão ambiental - certamente o fará sem prejuízo para as partes. Ao contrário, estas se beneficiarão com a celeridade e economia processual em razão da impossibilidade de interposição de recursos, em matérias não meritórias como, por exemplo, a *competência* e/ou, até mesmo, com relação à *legitimidade* entre outros temas de ordem processual.

Ademais, esta solução não prejudicaria o livre convencimento dos juízes com relação à causa ou problema apresentado. O que ocorreria simplesmente seria o estabelecimento, pelo juiz de primeiro grau, das condições iniciais do processo, vedando-se as modificações posteriores pela via recursal; estabelecendo-se o contraditório nas audiências iniciais, a fim de que se ajustem os critérios a ser adotados naquele processo específico.

Neste caso, o juiz de primeiro grau assumiria uma grande responsabilidade, já que as condições para o processamento e julgamento do processo seriam estabelecidas em primeira instância, juntamente e após a manifestação das partes, - e esse fato apresenta-se como uma possível solução para grande parte dos problemas, sobretudo de caráter processual

(competência, legitimidade etc.), que atualmente representa um dos principais fatores determinantes da perda da eficácia das normas relativas ao meio ambiente.

Por fim, nesta Tese de Doutorado, entende-se que o melhor funcionamento do sistema jurídico para a comunidade em geral, poderá resultar no aumento da eficácia das normas ambientais e do sistema como um todo, o que deve ser, a princípio, priorizado. Não obstante as críticas que o mecanismo da súmula vinculante vem sofrendo, é prudente que se aguarde os seus resultados práticos, a fim de se verificar possíveis efeitos negativos ou virtudes do instituto. Contudo, os operadores jurídicos brasileiros devem promover uma reunião de esforços, com o propósito de se encontrar soluções para os atuais problemas, no sentido de se privilegiar o bem comum, ou o bem-estar da sociedade, com o aumento da eficiência das atividades do Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea é caracterizada como uma *sociedade pós-moderna* assinalada pela incerteza, insegurança, enfim, pela imprevisibilidade dos acontecimentos, e pela dificuldade de se avaliar as suas dimensões, sobretudo no que concerne aos assuntos ambientais. Esse modelo societário apresenta-se como uma *sociedade de risco*, de modo que essas duas caracterizações da sociedade atual mais se complementam do que se excluem.

No mundo pós-moderno, o modelo econômico defendido pelos neoliberais não apresentou até agora uma solução para os problemas básicos da Humanidade, principalmente para aqueles relativos ao âmbito social e ecológico. Ao contrário, estimula-se o desenvolvimento econômico, com promessas de emprego, igualdade, qualidade de vida e, ainda, a sustentabilidade no processo desenvolvimentista. Contudo, nesta lógica, os resultados são cada vez mais reveladores, vivenciando-se cotidianamente o desequilíbrio em todos os setores da sociedade.

É importante a atuação estatal em assuntos que envolvam inovações tecnológicas, no sentido de - além de promover a competitividade no mercado interno - conciliar o valor da utilidade social das inovações, com a garantia da sustentabilidade ecológica neste campo. As escolhas científicas devem ser legitimadas por meio da participação dos cidadãos, nos moldes do sistema do Estado de Direito Ambiental, onde o direito à informação apresenta-se como um pressuposto da participação, sobretudo nos casos em que a sociedade como um todo será exposta ao risco. Para que isso ocorra de maneira efetiva, os variados setores sociais devem se fazer representar, a fim de que se confira legitimidade àquelas escolhas.

A sociedade pós-moderna apresenta-se como uma *sociedade de consumo*. Na corrida dos Estados para o estabelecimento ou manutenção do desenvolvimento econômico, há um incentivo ao *consumismo* desenfreado, onde as necessidades humanas não são as que atendem às funções básicas de cada indivíduo, mas sim aquelas criadas pela propaganda, pela mídia, que fatalmente leva ao consumo excessivo de bens. A produção mercadológica chegou a um ponto, onde algumas pessoas adquirem produtos absolutamente desnecessários, se essa *necessidade* for vista dentro de padrões éticos de sustentabilidade do desenvolvimento.

Nesse contexto, as *empresas transnacionais* exercem um poder extremamente desigual com relação aos atores nacionais, resultando em negociações desvantajosas para alguns países. Tais empresas estabelecem uma relação paradoxal no que concerne às normas



ambientais, isso porque elas nem sempre optam por se adequarem às normas internacionais mais rígidas, apesar do seu suporte tecnológico. Por outro lado, em certas oportunidades, elas defendem normas mais exigentes com o propósito de excluir as pequenas e médias empresas da concorrência externa.

De modo geral, entende-se que a pós-modernidade não comporta a preservação do meio ambiente; e que, muitas vezes, o próprio Direito se adequa à ideologia e diretrizes neoliberais e à lógica da globalização econômica. Por esse motivo, deve-se promover uma *mudança de paradigma* dentro da própria ciência jurídica, por meio de um movimento realizado por seus atores, no sentido de se integrar uma ética social, política e ecológica em suas atividades, a fim de se estabelecer um Direito que atenda mais efetivamente às necessidades sociais, promovendo-se, dessa forma, o equilíbrio societário.

Também, nesse caso, a atuação do Estado é fundamental, em razão do individualismo excludente característico da sociedade contemporânea. Destaque-se, por exemplo, que a liberalização comercial pode ser vantajosa para as empresas e mercados sólidos. Já nos mercados dos países em desenvolvimento, essa liberalização promove desajustes econômicos, pobreza, falência das empresas nacionais, além da degradação do meio ambiente. Portanto, os mercados não podem substituir a atuação do Estado, já que aqueles não têm como objetivo a solução dos problemas sociais, visando especificamente a obtenção do lucro, este sim peculiar em sua atividade.

Mas, em razão de o Estado apresentar algumas limitações, como qualquer outra instituição social, não é seguro esperar que a solução para a atual crise ecológica venha somente dele. Tanto no processo legislativo, quanto no âmbito das decisões administrativas, os diferentes setores sociais devem estar representados para que assim se tenha uma visão geral, e não compartimentada, dos problemas relativos ao sistema econômico e ao meio ambiente.

Na sociedade de risco, é necessário tornar mais transparente e participativo o processo de decisão, e buscar a implementação de uma política nacional de prevenção ou precaução no que afeta aos danos ambientais. Nesse processo de mudanças, a adoção irrestrita do sistema de responsabilização presente no sistema jurídico brasileiro, seja no âmbito civil, penal ou administrativo é de crucial importância; num processo em que a precaução aliada à responsabilização efetiva - pelos danos causados à natureza - representaria dois pressupostos para que haja um mínimo de controle, num mundo onde se vivencia uma *irresponsabilidade organizada*.

Assim, a sociedade de risco, pós-moderna requer algumas reformas que deverão ser realizadas no Estado brasileiro. Tais mudanças devem ser sistêmicas, ou seja, realizadas conjuntamente nos diversos níveis (político, jurídico, econômico, social etc.), privilegiando-se mais as *ações*, do que as *promessas* de um mundo melhor, conferindo-se, dessa forma, maior efetividade às normas jurídicas.

A teoria dos sistemas poderá contribuir para o entendimento e realização do *Estado de Direito Ambiental*, onde um dos principais objetivos é a consecução dos direitos fundamentais e, mais especificamente, a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Essa teoria é normalmente utilizada para a explicação e estudo de fatos que ocorrem no universo, sempre se pensando em termos de *conexidade*, de *relações* e de *contexto*. Pode-se, dessa forma, visualizar aquele direito com os caracteres *humano/fundamental*, propondo-se soluções no âmbito da sua eficácia, - sempre focalizando os assuntos em termos de conexão e contexto. Isso porque a questão da *eficácia* do direito aludido envolve as variadas esferas da sociedade; devendo-se proceder à análise dos diversos aspectos de forma a se obter uma maior compreensão e propostas de soluções para os problemas que lhe são inerentes.

Atenta-se para a necessidade de uma mudança de paradigma *das partes para o todo*, ou de *objetos para relações*, onde estas últimas são fundamentais, a fim de que se possa visualizar os graves problemas sócio-ambientais de forma contextualizada; além do fato de que as *relações* ou interconexões que os homens realizam entre si, e com o seu meio, é essencial para que se desenvolva um estudo de determinado caso. Assim, o Estado de Direito Ambiental deve ser estruturado através de uma proteção global e sistemática do meio ambiente, a fim de que se obtenha um diagnóstico completo para fins de prevenção de danos ambientais, além de servir de orientação para a realização de políticas públicas. Esta análise sistêmica se opõe à idéia de compartimentização do conhecimento em categorias estanques e fragmentadas, engajando-se num processo transdisciplinar com o propósito de compreender o universo e suas particularidades.

O sistema jurídico-ambiental apresenta-se como um sistema axiológico-teleológico, tendo como unidade valorativa os princípios estruturantes do Direito ambiental que exercem a função de reduzir as contradições no interior do sistema. Trata-se de um sistema dinâmico que apresenta incompletude e modificabilidade, que deve responder às inovações/informações retiradas de outras áreas do conhecimento. Destaque-se que o aproveitamento das *trocas* realizadas pelo sistema pressupõe uma sociedade democrática, já

que é por meio da cidadania participativa, que as influências externas poderão surtir algum tipo de efeito.

Os *princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental* devem servir de parâmetro ou fundamento do Direito, e o Estado e seus cidadãos devem agir de acordo com o seu conteúdo normativo estabelecidos constitucionalmente; devem também ser utilizados como referenciais na interpretação das normas jurídicas, e ainda na integração de possíveis lacunas do ordenamento. Ressalta-se que estes princípios seguem o propósito estabelecido no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado; e ainda se compatibilizam com os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Em termos de *cidadania ecológica*, o Estado brasileiro necessita transpor muitos obstáculos, tanto no âmbito jurídico, quanto nos âmbitos político e social. Contudo, é necessário ainda, para que as normas jurídicas adquiram eficácia, que os cidadãos se habituem a um processo de cobrança de consecução dos direitos, bem como de exigência de participação nos processos políticos, decisões, entre outros direitos já assegurados pela legislação. Trata-se de um processo dinâmico e contínuo, que requer educação, informação, participação entre outros elementos.

Quanto ao tema do *direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro*, primeiramente destaca-se que é a partir do princípio da dignidade da pessoa humana - como princípio orientador do direito interno e externo -, que se poderá eleger alguns direitos com a pretensão de universalidade; no sentido de que os homens possam vivenciar a paz e o equilíbrio social, mediante princípios que valorizem a sua existência, a fim de que se promova uma vida digna no âmbito de dada sociedade. Com o desprezo/inobservância dos *direitos humanos ambientais*, ignora-se que a própria vida (das presentes e futuras gerações) depende de um meio ambiente salutar, onde seres humanos e demais formas de vida possam obter um mínimo de qualidade no período de suas vivências.

Assim, numa interpretação constitucional que privilegia o antropocentrismo alargado, considera-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, onde a sua dignidade estaria fundamentada no direito à vida. Entende-se que aquele direito combina características dos direitos de defesa, pois se desdobra no direito à vida; e características dos direitos a prestações, tendo como titular, neste caso, a comunidade. Contudo, aqui defende-se a vinculatividade dos direitos fundamentais a prestações, obrigando-se, dessa forma, os Poderes da União ao seu cumprimento. Não obstante a norma

expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 representar uma norma-princípio e, por isso, ter uma parcela de programaticidade - não se trata de uma norma programática - o que faria com que este direito pertencesse à classe das normas constitucionais de eficácia limitada -, já que ela mantém vincutividade e normatividade suficientes para surtir efeitos plenos no plano dos fatos.

A defesa do meio ambiente prevista constitucionalmente apresenta-se como uma norma com eficácia plena e aplicabilidade direta. A norma prevista no *caput* do art. 225, da Constituição Federal, comporta um direito fundamental que atribui um direito subjetivo a determinados titulares, com aplicabilidade imediata por força do § 1º, do art. 5º, da Carta Magna; e, neste ponto, o próprio texto constitucional elimina eventual caráter programático, e determina a eficácia plena e a aplicabilidade imediata da referida norma, impondo-lhe vincutividade e normatividade suficientes para a sua aplicação no âmbito factual.

Todas as regras e princípios estabelecidos na Constituição subsistem no ordenamento jurídico, ainda que potencialmente conflituosos entre si, e a escolha da melhor regra ou princípio deve se dar mediante a análise do caso concreto. No caso de tensões ou conflitos entre normas constitucionais, estes podem ser sanados pelo intérprete, ponderando-se os bens e os valores estabelecidos constitucionalmente; preservando-se no direito fundamental um conteúdo essencial, ou seja, um mínimo de conteúdo, demarcado materialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana. E é em razão deste princípio que deverá haver uma cuidadosa análise do caso apresentado para julgamento, aliando-se sempre o princípio da proporcionalidade ao processo interpretativo.

A abertura conferida pelo legislador constituinte, estabelecida no § 2º do art. 5º, da Carta Magna, trata de uma opção democrática e atualizadora, pois admite que o julgador integre os *novos* direitos estabelecidos no âmbito do ordenamento pátrio; e ainda confere ferramentas para que os operadores jurídicos façam valer direitos hoje fundamentais, mas que não estão formalmente enumerados em determinado artigo do texto constitucional, o que causaria ainda mais prolixidade à Constituição. Deste modo, o art. 225 da Lei Maior está incluído no rol de direitos daquele dispositivo, por meio daquela abertura.

Atualmente, a violação de tratados internacionais de direitos humanos, aprovada nos termos do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, enseja além da responsabilidade internacional do Estado, também a violação da própria Constituição que os alçou à categoria de normas constitucionais. Assim, no Brasil, os tratados internacionais seguem uma *dupla hierarquia*, ou seja, os tratados de direitos humanos possuem a mesma hierarquia das

emendas constitucionais. Já os tratados considerados *comuns* continuam apresentando *status* de lei ordinária.

Com relação aos *fatores que produzem efeitos na eficácia normativa*, entende-se que eles representam um problema sistêmico da pós-modernidade. Deste modo, a ausência de coordenação dos mesmos interfere negativamente na eficácia das normas jurídicas que cuidam do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com relação à falta de estrutura, *v.g.*, ressalta-se a importância do aperfeiçoamento dos profissionais que lidam com as questões ambientais – já que o desenvolvimento e aprimoramento dos recursos humanos favorecem a eficiência na atividade de aplicação das normas. A fiscalização/autuação realizada pelos agentes da Administração Pública, que se resume no exercício de uma função pública, tem caráter repressivo e educativo, pois o cidadão que violar uma norma ambiental e, por essa razão, for efetivamente punido, será condicionado a não repetir o mesmo comportamento.

No que concerne aos *fatores extra-normativos* - ou seja, que estão normalmente fora do âmbito jurídico, e que também influenciam na questão da eficácia (social) das normas - registre-se que o *fator econômico* produz efeitos sérios e diretos na criação e aplicação das normas ambientais. Isso porque, a globalização econômica tende a levar os Estados a se adaptarem às exigências mercadológicas, atrelando-se a eficácia das normas ambientais ao modelo de desenvolvimento social e econômico, baseado na liberdade de apropriação privada, na circulação de mercadorias, no consumo voltado para a sociedade de massa destinado ao atendimento de necessidades *fabricadas* ou *construídas* pela mídia – e, nesse contexto, aquelas normas muitas vezes produzem um efeito mais simbólico do que real.

Destarte, a economia configura-se um fator importantíssimo para o estabelecimento da eficácia das normas ambientais, no sentido que aquela deve se ajustar a estas, e não o contrário. E é o Estado que deverá conduzir esse processo, de modo a garantir a eficiência e o respeito dos agentes econômicos e suas atividades, direcionando-as a uma realidade mais igualitária, com maior qualidade de vida, - sobretudo para as camadas mais pobres da população, representadas normalmente por aqueles que são vítimas de manobras econômico-políticas, que visam mais às vantagens econômicas, do que propriamente a um salutar desenvolvimento da sociedade de um modo geral.

Quanto aos *fatores sociais*, tendo-se em vista as dificuldades de aplicação das normas ambientais num País marcado severamente pela desigualdade social e pela pobreza, onde muitas vezes falta à população condições para uma vida minimamente digna, aumenta ainda mais a dificuldade de se priorizar a proteção do meio ambiente. Todavia, as soluções

para os problemas sócio-ambientais devem ser conjuntas, na construção de uma cultura de respeito à dignidade humana no sentido de se organizar a sociedade a fim de se integrar os excluídos ou segregados num padrão salutar e razoável de vida digna, associado a uma política que priorize, do mesmo modo, a preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Inevitavelmente, as desigualdades sociais e de qualidade de vida encontradas no meio social, produzem reflexos nos demais âmbitos da sociedade, inclusive na esfera do Poder Judiciário. Mas como este também produz influência recíproca no âmbito social, os operadores jurídicos devem promover esforços contínuos com o objetivo de conferir resistências às tendências sociais antidemocráticas e altamente desiguais.

Com relação *aos fatores políticos*, menciona-se a hipertrofia do Poder Executivo, como um entrave à eficácia das normas ambientais. A edição desenfreada de Medidas Provisórias que suspendem e dão vigências a textos legais, em condições normalmente adversas, representa grande risco ao processo democrático; por isso, e em face da importância do bem ambiental, entende-se que questões que afetem a gestão deste devem ser tratadas mediante processo legislativo ordinário.

No que concerne à *politização* dos cidadãos pátrios, destaca-se que o Brasil não se caracteriza como um País em que o povo, de regra, se insurge contra as injustiças ou a má administração governamental, e isso ocorre muito em razão do fato de que quando existe alguma reação social, esta tende a ser prontamente reprimida, e é quase sempre mal vista pela opinião pública em geral. Há ainda, neste âmbito, o problema que ocorre na micro-política brasileira, ou seja, as doações oferecidas aos partidos políticos em épocas de campanhas, que terminam por influenciar profundamente os interesses das grandes empresas no Congresso Nacional. Neste caso, é patente o fato de que o poder econômico aumenta a influência na política a cada eleição, em razão das campanhas estarem cada vez mais caras, e as conseqüências do patrocínio privado terminam por inclinar a classe política em favor do capital.

O *fator cultural* também influencia na eficácia das normas jurídicas, no sentido de que os bens ambientais são apropriados num processo de diferenciação social dos indivíduos, mediante processo desigual de distribuição, configurando-se em práticas historicamente constituídas, representando técnicas condicionadas pelas formas sociais e culturais, ou seja, pelos modelos culturais prevaletentes. Deste modo, os conflitos em razão de recursos ambientais também representam lutas por sentidos culturais. Por isso, a dinâmica do processo cultural pode e deve ser orientada com base em valores democráticos, pelas diretrizes mais

básicas do Estado brasileiro, como a própria dignidade do ser humano e a preservação do meio ambiente, num processo baseado em requisitos de igualdade, cooperação, incluindo-se o respeito pelas gerações futuras.

A *educação ambiental* representa um dos principais fatores determinantes da eficácia das normas jurídicas, já que a falta de um projeto efetivo na área educacional representa um dos maiores obstáculos para a implementação dessa legislação específica. Enquanto não houver um comprometimento da sociedade e, sobretudo do Poder Público, com a educação ambiental, dificilmente a sociedade brasileira encontrará o caminho para a sustentabilidade ecológica. Quando o projeto (legal) educacional brasileiro verdadeiramente se realizar, estar-se-á caminhando para o *real desenvolvimento*, deixando-se para trás o estigma de País atrasado, subdesenvolvido ou de terceiro mundo, e certamente colher-se-á os bons frutos desse processo, com benefícios incomensuráveis para a sociedade como um todo.

De outro vértice, existem outros instrumentos e fatores fundamentais para a eficácia das normas ambientais como, *v.g.*, as ações ambientais presentes no *controle de constitucionalidade*. Tais instrumentos objetivam controlar de forma repressiva a constitucionalidade das leis, e mesmo que este não seja o propósito imediato da demanda, determinadas ações certamente contribuem para que a norma estabelecida no *caput* do art. 225, da Constituição Federal de 1988, adquira eficácia no plano dos fatos. Ademais, a inconstitucionalidade, por ação ou omissão, representa um obstáculo à efetividade das normas constitucionais, na medida em que se afronta o estabelecido no texto constitucional, por atos contrários a este texto, ou pela não regulamentação de norma contida na Lei Maior.

Os meios para a consecução de uma tutela jurisdicional célere e objetiva devem ser perseguidos no âmbito do Poder Judiciário. A questão da eficácia *erga omnes*, e do efeito vinculante de algumas ações do controle de constitucionalidade contribuem para o desafogamento do Supremo Tribunal Federal, ajudando a evitar o acúmulo de ações que venham a tratar de questões já discutidas e decididas pela Corte Suprema. Entende-se que o Direito processual moderno vem assumindo novos contornos ou diretrizes, com a tendência de se conferir mais agilidade aos julgamentos das ações, economia processual e maior importância ao direito material, de modo a propiciar ao processo os meios para realizar os seus fins, ou produzir os efeitos a que ele se propõe, ou seja, a realização de direitos.

No que concerne à *competência ambiental*, destaca-se a importância dos ajustes contidos no Anteprojeto que trata do novo Código de Processo Coletivo, de dezembro de 2006, que pretende corrigir algumas questões relativas ao tema. Ressalta-se, ainda, que a competência material ou legislativa não exclui o dever de fiscalização dos outros entes da

Federação. Assim todos dispõem de competência comum para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.” Por isso, todas as entidades políticas de todos os níveis têm responsabilidade ambiental, que deverá ser exercida de forma conjunta e coordenada.

Na hipótese de invasão de competência material de pessoas políticas, no sentido delas adotarem atos contrários à proteção do meio ambiente, a princípio tais problemas devem ser solucionados administrativamente; mas se esta via não for satisfatória, o Poder Judiciário deverá estar atento, no sentido de proferir resposta célere e clara à situação apresentada, para que tais problemas adquiram soluções mais previsíveis, evitando-se, assim, que as questões sejam tratadas reiteradamente pelos tribunais e julgadas de maneira diversa, trazendo-se, com isso, eventuais contradições internas ao sistema.

Por outro lado, a simultaneidade de competências, na atividade de controle ambiental, pode provocar a inércia de um ou mais entes, não se assumindo a defesa ambiental, trazendo dificuldades para a responsabilização de determinados órgãos da Federação. Ulrich Beck chama de *irresponsabilidade organizada* o fato que designa a atitude de entidades públicas e privadas, assim como a conduta dos cidadãos, que não se responsabilizam pelos atos atentatórios ao meio ambiente, a fim de que sempre *o outro* assuma a responsabilidade pela preservação e defesa ambiental.

O desinteresse apresentado pelo conflito negativo de competência deverá ser resolvido através de uma maior delimitação, ou maior esclarecimento a respeito da matéria, a fim de se evitar que tal questão seja motivo de recursos procrastinatórios e abusivos. Além disso, os consórcios e convênios de cooperação previstos constitucionalmente deverão ser postos em prática, com o propósito de se instituir uma gestão ambiental conjunta, para que se obtenha maior eficiência na consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com relação à competência ambiental, entende-se que este assunto gera muitas discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais. Primeiro, pela generalidade de alguns conceitos ou dispositivos; segundo - e por conseqüência deste entre outros motivos - pelo alargamento interpretativo realizado pelas partes nos processos, de modo a tornar essa questão um dos temas que mais contribuem para o acúmulo de processos/recursos nos Tribunais Regionais Federais e tribunais superiores brasileiros.

Em razão disso - e por se entender que se trata de um *contra-senso jurídico* que questões de competência sejam reiteradamente levadas àqueles tribunais, trazendo custos para as partes e para o Poder Judiciário, além de contribuir para a morosidade no julgamento dos processos - sugere-se que este caso específico seja tratado por meio de súmulas vinculantes,



ou/e súmulas impeditivas de recursos e demais mecanismos presentes no *novo* processo civil brasileiro - de modo a se conferir a melhor solução para um problema preponderantemente de ordem interpretativa.

Ademais, deve-se desenvolver mecanismo de triagem ou controle, a fim de que se resolvam questões processuais, exclusivamente no âmbito da primeira instância, de preferência antes do início da análise do mérito, de modo que não haja a possibilidade de reexame futuro, sendo o processo de triagem marcado pelo contraditório das partes, além de receber minuciosa análise do juiz de primeiro grau.

A questão da súmula vinculante, além da triagem ou controle de determinados fatos no início do processo, representam uma idéia, ou uma tentativa de dar respostas aos recursos protelatórios que tramitam no Poder Judiciário, e que contribuem para o acúmulo de processos neste Poder, trazendo graves conseqüências para os jurisdicionados. Esse sistema também poderá ser utilizado para os casos relativos à *legitimidade processual*, entre outros assuntos normalmente ligados ao *processo*, que contribuem para a ineficácia das normas ambientais em razão de serem submetidos com freqüência à análise e julgamento pelos Tribunais Regionais Federais e tribunais superiores.

O objetivo previsto no *caput* do art. 225, da Lei Maior, é o acesso integral de todos os potenciais titulares à justiça ambiental, por isso, nos casos que envolvem problemas de legitimidade processual, deve-se procurar privilegiar - dentro das possibilidades que a lei oferece - o bem comum e a defesa do direito difuso e fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nestes termos, o Estado deve dinamizar as ações ambientais no que afeta ao tema *legitimidade*, abrindo o leque de legitimados, conferindo mais poder às organizações não governamentais, sobretudo no caso de omissão do Estado, ou no caso deste não atuar de maneira adequada na esfera de suas atribuições.

Quanto à legitimidade passiva nas ações ambientais, ressalta-se que a pessoa física ou jurídica, seja de direito público ou privado, poderá ser responsabilizada pela ocorrência de dano ou ameaça de dano ambiental. Assim, as pessoas - não só por motivo de *ação* danosa, mas também pela *omissão*, sobretudo dos agentes da Administração Pública - podem assumir a legitimidade passiva numa ação ambiental, mesmo que sejam responsáveis pelo dano de forma indireta.

No que concerne ao *processo coletivo em favor da eficácia do direito ao meio ambiente*, destaca-se que princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva adotado no Brasil, se coaduna ao estabelecido no art. 225, *caput*, da Carta Magna, potencializando a possibilidade de realização daquele direito - já que não prejudica aqueles

autores que futuramente desejem ou necessitem ajuizar ação com vistas à sua proteção. Por isso, a questão de a sentença coletiva só beneficiar, e não prejudicar as pessoas que não participam do processo representa, em certo sentido, uma ampliação do acesso à justiça ambiental, o que se justifica pelo valor e indisponibilidade do bem ambiental.

Nos Estados Unidos, país que segue há tempos a cartilha neoliberal, o individualismo tem primazia sobre o coletivismo de uma forma geral. Lá, entre um processo coletivo, de eficácia igual a dos processos individuais, se dá preferência a estes. Por outro lado, no Brasil a tendência é de se transpor o processo individualista com vistas a um processo social, acompanhando-se nesse ponto as tendências do direito material. Assim, conclui-se que as ações coletivas brasileiras estão aptas à efetiva proteção do meio ambiente, situação esta que poderia sofrer pontuais reformas como a extensão ao cidadão da legitimidade para a propositura daquelas, dentre outras mudanças que facilitem o acesso à justiça – por meio de procedimentos não burocráticos, visando sempre à facilitação do acesso ao Poder Judiciário, e à célere e efetiva resposta aos jurisdicionados, no âmbito dos direitos difusos. Mas, mesmo com as suas deficiências, o modelo adotado no Brasil continua sendo pertinente para a nossa realidade sócio-política e cultural; sobretudo por se ter como referência a realização do direito material previsto no *caput* do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Quanto à *tutela coletiva de urgência como um importante fator para a eficácia das normas ambientais*, esta se apresenta hoje indispensável para a pronta reparação do dano ambiental e, principalmente, para evitá-lo ou preveni-lo. Assim, para se impedir lesão ou ameaça de lesão a direito, é necessário se ter em conta o tempo de duração da tutela jurisdicional, já que a morosidade dos julgamentos pode retirar a eficácia de alguns direitos ou pretensões, como, por exemplo, no caso de danos ambientais *irreversíveis*.

A prestação jurisdicional no Brasil obteve vários avanços, especialmente em termos processuais, acompanhando, de alguma forma, as novas circunstâncias sociais, e conferindo soluções aos novos problemas vivenciados pela atual sociedade de massa. A importância da tutela antecipatória, das medidas liminares e das ações cautelares se traduzem na eficiência dos seus respectivos provimentos, em casos e circunstâncias especiais, que provavelmente não teriam efetividade se fossem realizados por meio de procedimentos ordinários ou tradicionais.

Com relação à *eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil*, destaque-se que o resultado da pesquisa jurisprudencial realizada nesta Tese representa uma idéia, ou uma tendência nas orientações dos TRFs e Superior Tribunal de

Justiça. Observou-se a tendência destes julgarem temas de caráter processual, afastando-se das questões materiais, fato este que requer urgentes respostas ou soluções, para que tais dificuldades no âmbito do processo deixem de ser o massivo motivo de interposição de recursos naquelas Cortes. Mas, além das informações colhidas e identificadas pela repetição dos temas que levaram ao acesso da segunda instância do Poder Judiciário - como, por exemplo, casos de competência ou legitimidade do ato administrativo – ainda existem alguns fatores que podem também afetar a realização do Direito, ou seja, a sua eficácia.

Sobre a *estrutura material e humana*, necessária ao desenvolvimento das funções jurisdicionais, por exemplo, as pesquisas são quase unânimes em demonstrar a falta de magistrados, já que o número destes profissionais é muito reduzido com relação ao número de habitantes do País; ou mesmo tomando-se por referência o número de processos existentes em cada vara; ou ainda comparando-se esta proporção à obtida em outros países, percebe-se a carência daqueles profissionais, causando, com isso, sobrecarga nas atividades para os que aqui trabalham, além da morosidade do sistema, já que os processos permanecem inevitavelmente acumulados.

Evidentemente, que uma boa estrutura física e número razoável de funcionários não é o suficiente para a garantia da eficácia pretendida, ou para a realização dos direitos estabelecidos de forma objetiva e célere. Contudo, tais condições apresentam-se como pressuposto para se alcançar maior eficiência na prestação jurisdicional. O fato de alguns servidores públicos serem destituídos de motivação para o trabalho, ou de senso ético não poderá prejudicar aqueles que dignificam sua profissão, e lutam por condições melhores no lugar onde atuam.

No que afeta à questão específica da preparação dos juízes brasileiros, sugere-se que o próprio órgão julgante prepare os seus profissionais, pelo fato de que o ensino convencional não atende, de maneira integral, à necessidade de formação de um juiz que, além da racionalidade, esteja vinculado ou engajado aos valores maiores previstos constitucionalmente, adequando-os à realidade social do País. Necessita-se hoje de uma educação que propicie ao juiz elementos além daqueles existentes nos códigos, ou seja, conhecimentos que lhe permitam exercer a sua função abarcando uma realidade maior, a partir da qual ele formule as suas sentenças, envolvendo, dessa forma, informações de caráter transdisciplinar, buscando-se trazer, sobretudo, elementos da Sociologia Jurídica.

Assim, poder-se-ia criar Escolas de Magistratura, seguindo-se o exemplo de vários países europeus, como França, Itália, Grécia e Espanha, onde se enfatiza a preparação dos juízes e não o concurso para a aprovação destes. Aqui, cabe mencionar que este propósito

poderá ser realizado mediante a recente criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, que terá como objetivo resolver o problema relativo à formação dos magistrados, elaborando diretrizes a serem adotadas pelas escolas de magistraturas estaduais e federais do País.

A realização do controle interno exercido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no âmbito do Poder Judiciário, destaca-se pelo comprometimento com a difusão de cursos, visando tornar mais rápido o procedimento judiciário - zelando-se, dessa forma, pelo desenvolvimento organizacional, modernização administrativa, de racionalização de métodos e uniformização de procedimentos - propósitos estes que, se forem postos em prática, contribuirão para a celeridade, economia processual e aumento da eficácia das normas jurídicas. Por outro lado, o controle externo não traria benefícios, nem para o Estado Democrático de Direito, nem para a coletividade, já que a independência que os magistrados desfrutam é de crucial importância para se garantir a imparcialidade das suas decisões, e o seu livre convencimento.

Todavia, ilegalidades cometidas no âmbito do Poder Judiciário devem ser coibidas, sendo necessário que se promova uma fiscalização em termos administrativos, a fim de se garantir o melhor cumprimento de suas funções. A identificação das falhas, bem como a denúncia de irregularidades, certamente aumentaria a efetividade dos serviços dos magistrados e, conseqüentemente, do sistema jurídico como um todo. As conseqüências positivas refletiriam na eficácia das normas do ordenamento jurídico e, especificamente, nas normas ambientais, já que a boa atuação dos juízes é essencial para a urgência de respostas aos problemas atuais relacionados ao meio ambiente.

Outra sugestão que refletiria no aumento da eficácia das normas relativas ao meio ambiente seria a criação de *varas ambientais*, como as que já existem nos Estados do Amazonas, Mato Grosso e Santa Catarina; ou até mesmo a criação de um tribunal ambiental, nos moldes do que já existe na Austrália, no Estado de New South Wales. Entende-se que a vara especializada no processamento e julgamento de casos ambientais, poderá conferir maior celeridade; com julgamentos marcados pela informalidade, flexibilidade, proporcionando-se um sistema acessível à população e, de forma geral, o aumento da eficiência do sistema de proteção do meio ambiente. Mas é importante que na vara ambiental exista transdisciplinaridade, e a constante atualização relativa aos aspectos sociais, políticos e econômicos, para que se confira uma boa prestação jurisdicional aos destinatários.

Com relação ao tema do *acesso à justiça*, destaque-se que um amplo acesso a esta também é de peculiar relevância para a defesa do meio ambiente. Mas, isso equivale a uma

parcela que garantiria a eficácia das normas ambientais, sendo que as outras parcelas dependem da eficiência dos agentes do Poder Judiciário, além de envolver temas como educação e noções de cidadania coletiva, para que as normas possam ser respeitadas e haja uma espécie de *assimilação cultural*, por todas as camadas da sociedade.

De outro vértice, entre as *alternativas para a crise do Judiciário brasileiro*, está a necessidade de desburocratização deste Poder. Nesse âmbito, o que mais chama a atenção é o excesso de formalismo do processo civil brasileiro, no sentido deste conferir inúmeras condições para os atos protelatórios. A legislação ambiental existente no Brasil é considerada como um grande avanço na área jurídica. Mas, a burocracia e as deficiências que provocam a morosidade do Poder Público, impedem a realização das referidas normas no plano dos fatos.

No âmbito da hermenêutica e na aplicação das normas jurídicas, o *garantismo* poderá servir como referencial para a produção de conhecimento e, sobretudo, para a interpretação e aplicação das normas e princípios jurídicos, no sentido de que os valores superiores (direitos humanos) orientem a prática dos operadores jurídicos. O garantismo jurídico seria importante no sentido de maximizar a vinculação do sistema jurídico (incluindo-se as relações jurídicas privadas) e do Estado como um todo aos direitos humanos. Assim, os princípios relacionados à consecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado devem ser utilizados pelo magistrado e pelo intérprete do Direito, pois estão inseridos na Constituição e, por isso, têm eficácia jurídica, devendo adquirir também eficácia social.

Além disso, há o problema da igualdade formal - há muito praticada também na área jurídica - o que agravou as desigualdades sociais, já que, nesse processo, o indivíduo deve amenizá-las com seu próprio esforço, nos moldes do Estado moderno do tipo liberal. Neste caso, entende-se que o modelo de Estado atual deve oferecer condições para que as pessoas usufruam de uma igualdade substancial, já que só esta poderá estabelecer um caminho para se superar as mazelas do subdesenvolvimento. Contudo, existe o grave problema de que a própria criação do Direito é influenciada pelo grupo social que possui o poder econômico e emite as decisões políticas; e, em razão disso, o sistema jurídico também reflete os interesses desses grupos, nos diversos setores do sistema jurídico nacional.

Com relação à *necessidade de novos parâmetros hermenêuticos*, ou à necessidade de mudança na cultura hermenêutica brasileira - a fim de que se promova, a partir do aparato legislativo já existente, a eficácia das normas jurídicas de caráter ambiental, para a consecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado - destaque-se que o intérprete deverá precipuamente atualizar o fato que lhe é apresentado à realidade social, por meio de dados, informações, para que a sua interpretação também seja condizente com a realidade

factual. Isso porque se entende que fazer justiça não se confunde com a simples aplicação da lei, como apregoa a doutrina clássica, já que atualmente o magistrado deve observar também as determinações constitucionais de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A respeito da *hermenêutica na atividade judicante*, importa destacar que o Direito, incluindo aqui a função judicial, apresenta o seu caráter político que produz reflexos na decisão dos julgadores por meio da interpretação e da aplicação do mesmo. O juiz produz a sua decisão também e, inevitavelmente, com base em critérios pessoais. Deste modo, a sentença judicial fundamenta-se no preceituado nos códigos, na jurisprudência e na doutrina, mas liga-se diretamente à configuração educacional do julgador. Tanto os legisladores quanto os julgadores são pessoas configuradas social, cultural, economicamente, isto é, têm uma origem e pertencem a uma classe social.

Sobre o problema da legitimação democrática da magistratura – destaca-se o fato de que atualmente os demais Poderes apresentam o que se chama de *incompetência institucional*, com legisladores demagogos, ou mesmo aqueles que não conseguem corresponder às reais necessidades dos seus eleitores. Neste ponto, os juízes seriam menos vulneráveis às pressões de demagogia eleitoral de caça aos votos, aos *lobbies*. Mas os magistrados devem estar cientes de que o seu trabalho é por e para a sociedade, ou seja, existe em função da mesma; deve ter consciência de que a magistratura não esgota um fim em si mesmo, mas trata-se, antes de tudo, de um serviço público que visa ao atendimento do bem comum, onde o destinatário precípuo é o jurisdicionado.

Nesse contexto de crise em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro, a *interpretação jurídica* representa um excelente instrumento de consecução dos valores sociais superiores e, por isso, os operadores jurídicos devem se informar do todo o arsenal teórico existente, a fim de que se utilize, da melhor forma possível, os elementos da hermenêutica jurídica.

É evidente que todos os problemas relativos ao meio ambiente não podem ser tratados única e exclusivamente pelo Judiciário, já que este não pode invadir as competências executivas e legislativas – mas no descumprimento de legislação ambiental por parte do Poder Público, com a alegação da chamada *reserva do possível*, considera-se melhor solução a que presume a ilegalidade da conduta estatal desconforme à Constituição ou à lei; e, neste caso, a Administração Pública deverá demonstrar as suas razões - com o propósito de persuadir o Judiciário - motivando a sua escolha, e justificando o sacrifício de certos interesses. Contudo, demonstrando-se a razoabilidade dos argumentos estatais, aquele Poder estaria impedido de interferir na decisão do administrador.

No que concerne ao tema da *súmula vinculante e à questão da eficácia das normas ambientais*, entende-se que - além do trabalho hermenêutico a ser exercido a fim de se conferir maior eficácia ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - existe o trabalho de se identificar as falhas no sistema jurídico brasileiro e, posteriormente, refletir sobre as melhores soluções para os problemas encontrados. Deste modo, em função da já conhecida morosidade no julgamento de ações, muito em razão de recursos eminentemente procrastinatórios, entre outros motivos, uma opção seria a adoção da *súmula vinculante*, como uma possível alternativa para o problema.

O mais importante na questão do efeito vinculante, seja da *súmula* ou de decisão adotada pelo Supremo no exercício exclusivo do controle da constitucionalidade, é a tentativa de se obter um melhor funcionamento do sistema judiciário, ou seja, o propósito de se apresentar, de forma objetiva e coerente, uma resposta mais célere aos jurisdicionados. Além disso, tal mecanismo poderá ter bons resultados no aspecto da economia processual, já que um dos seus objetivos é inibir a interposição de recursos protelatórios; lembrando-se que atualmente as divergências jurisprudenciais tendem a ser solucionadas em razão do efeito *erga omnes*, com conseqüências fáticas semelhantes às do efeito vinculante.

No que tange à possibilidade de as *súmulas* não descongestionarem o Poder Judiciário, em razão de que estas também serão interpretadas, cabendo recursos para o Supremo, por meio de reclamação - admite-se que - não só nesse caso, mas também nas hipóteses das chamadas *súmulas impeditivas de recursos* existem algumas brechas, ou possibilidades de ineficácia do propósito precípua destes dispositivos. Contudo, esse problema poderia ser amenizado com a imposição de multas de valores relevantes, a fim de se inibir o que atualmente se chama de litigância de má-fé, prevista no Código de Processo Civil. Portanto, entende-se que a instituição de multas vultosas, aliada à clareza e objetividade na redação das *súmulas*, além da efetiva e constante imposição pelos magistrados daquela sanção, poderá conferir bons resultados aos precedentes obrigatórios.

A adoção da *súmula vinculante* tem seus aspectos positivos e negativos, mas entende-se que, em determinadas condições, a sua adoção seria pertinente, sobretudo na *solução de problemas de caráter eminentemente processual*. Por isso, entende-se que os instrumentos impeditivos de recursos manifestamente inócuos e protelatórios devem ser adotados no âmbito do processo brasileiro, além do estabelecimento e da definição das condições processuais na primeira instância e que, a partir daí, sejam vedadas pretensas modificações ou discussões com relação ao tema, sendo que as condições (regras do jogo) estabelecidas inicialmente para o julgamento da ação deverão ser mantidas.

Assim, haveria o estabelecimento, pelo juiz de primeiro grau, das condições iniciais do processo, vedando-se as modificações posteriores pela via recursal. O contraditório deverá ocorrer nas audiências iniciais, a fim de que se ajustem os critérios a serem adotados no processo. Neste caso, o juiz de primeiro grau assumiria uma grande responsabilidade, já que as condições para o prosseguimento e julgamento do processo seriam estabelecidas na primeira instância, juntamente e após a manifestação das partes.

Não obstante a existência de tantos problemas complexos, deve-se objetivar a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no *caput* do art. 225, da Lei Maior, a fim de que se desenvolva e se incorpore culturalmente valores e princípios éticos e fundamentais para a existência digna dos cidadãos, princípios que envolvam, sobretudo, valores de igualdade, cidadania e sustentabilidade ecológica.

Finalmente, para que isso ocorra, deve-se primeiro perceber ou reconhecer o problema, identificar suas debilidades e incongruências, e, então, resolvê-lo no âmbito da competência de cada órgão ou Poder, bem como na esfera de atuação de cada indivíduo, no exercício da sua cidadania. Nestes termos, nesta Tese de Doutorado, foram apresentados alguns obstáculos a serem transpostos, assim como algumas sugestões para que as normas de Direito ambiental sejam efetivamente aplicadas no plano dos fatos, a fim de se garantir um meio ambiente salutar para as gerações presentes e futuras. Cabe ainda observar, que esta tarefa não se restringe apenas ao Poder Judiciário, mas os profissionais que trabalham no âmbito deste têm o dever e a obrigação de realizar aquele direito fundamental, além da responsabilidade de, com isso, orientar os demais cidadãos.



## REFERÊNCIAS

- ACSELRAD Henri. As Práticas Espaciais e o Campo dos Conflitos Ambientais. In: OLIVEIRA, Sonia. Henri *et al.* *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004.
- ALBUQUERQUE, Letícia. *A convenção de Estocolmo sobre poluentes orgânicos persistentes*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Rosert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set., 1999.
- ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. *Direito socioambiental: o significado da eficácia e da legitimidade*. Curitiba: Juruá, 2003.
- ALMEIDA, Maria Carmen Cavalcanti de. Da legitimidade ativa do Ministério Público nas ações civis públicas de meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 5. n. 19, p. 99-108, jul./set., 2000.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PORTUGAL. Acesso à justiça. Disponível em <<http://acessojustica.no.sapo.pt/legislacao.htm>>. Acesso em: 24 maio 2005.
- ANTÔNIO, Adalberto Carim. *Vara ambiental: uma realidade*. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito ambiental em evolução*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2003.
- APPIO, Eduardo. *Amicus curiae* e audiência pública no processo civil brasileiro - proposta para o fortalecimento da cidadania através das ações coletivas o Brasil. Nota de rodapé n. 31. Disponível em <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao009/eduardo\\_appio.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao009/eduardo_appio.htm)>. Acesso em: 15 maio 2007.
- ARCE, Joaquín; VALDÉS, Flórez. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.
- ARENHARDT, Bianca Geórgia Cruz. Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Jurídica: ação, processo e procedimento. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito Ambiental em Evolução*. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. *Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito e incerteza: a proteção jurídica das futuras gerações no Estado de Direito Ambiental*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. *A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>>. Acesso em: 28 setembro 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROCAL, André. *Um mundo de coincidências: Lobby: as relações entre congressistas e financiadores de campanhas eleitorais*. (Seu País). Revista Carta Capital de 29 de junho de 2005.

BECK, Ulrich. *A sociedade do risco: face a uma nova modernidade*. Barcelona: Paidós, 2001.

BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. *A Sociedade Global do Risco: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo*. Disponível em <<http://www.cfhl.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 21 maio 2004.

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.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Crimes contra ao meio ambiente: uma visão geral. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito Ambiental em Evolução*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2003.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues. *O direito humano a um meio ambiente equilibrado*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1685>>. Acesso em: 27 julho 2004.

BESTER, Gisela Maria. *Cadernos de direito constitucional: Parte I: Teoria constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. *Certificações ambientais e comércio internacional*. Curitiba: Juruá, 2002.

BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BIRNFELD, Carlos André Sousa. *A emergência de uma dimensão ecológica para a cidadania: alguns subsídios aos operadores jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONA, Patrick Galli De. Responsabilidade ambiental do Município. In: CAON, Leoberto Baggio *et al.* *Temas jurídicos relevantes*. Florianópolis: Insular, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Flávio Buonaduce. *Tutelas cautelares e tutelas antecipatórias*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/textoI45.htm>>. Acesso em: 17 agosto 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Processo, ação civil pública e defesa do meio ambiente: os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

BRASIL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (versão dezembro 2006). Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/CBPC%202007%2001%2031%20-%20Entregue%20ao%20governo.doc>>. Acesso em: 18 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos/coordenação de Herbert Borges Paes de Barros e Simone Ambros Pereira; colaboração de Luciana dos Reis Mendes Amorim ...[et al.]. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Ministério da Educação, 2003.

\_\_\_\_\_. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Relatório da Delegação Brasileira/Divisão do Meio Ambiente do Ministério das Relações Exteriores. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1993.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 25 julho 2005.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 27 abril 2006.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 27 abril 2006.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 18 janeiro 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 11 outubro 2005.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>>. Acesso em: 18 janeiro 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso e, 27 outubro 2007.

- \_\_\_\_\_. Projeto de Lei Complementar nº. 338/2007.  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/Plp/2007/msg37-072201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Plp/2007/msg37-072201.htm)>. Acesso em 24/09/2007.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribuna de Justiça. *Resolução nº. 1*. Disponível em  
<[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9928/1/Res\\_1\\_2007\\_ENFAM.Pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9928/1/Res_1_2007_ENFAM.Pdf)>. Acesso em: 02 outubro 2007.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribuna de Justiça. *Resolução nº. 2*. Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9929/1/Res\\_22007\\_ENFAM.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9929/1/Res_22007_ENFAM.pdf)>. Acesso em: 02 outubro 2007.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão sobre prisão por dívidas/alienação fiduciária*. Ministro: Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em  
<[www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf](http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf)>. Acesso em 25 agosto 2007.
- BUNGE, Mário. *Ciência e desenvolvimento*. São Paulo: Ed. USP, 1980.
- CABEDA, Luiz Fernando. A justiça agoniza. In: *Revista Justiça e Democracia*. N. 4. São Paulo: Ateliê Editorial/Associação Juizes para a Democracia, 2001.
- CALDWELL, Malcolm. *A riqueza de algumas nações*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- CALHAU, Lélío Braga. Efetividade da tutela penal do meio ambiente: a busca do ponto de equilíbrio em direito penal ambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 3, n. 7, set./out., 2004.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Estado constitucional ecológico e democracia sustentada*. In: LEITE, José Rubens Morato et al. *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- \_\_\_\_\_. Juridicização da Ecologia ou ecologização do direito. In: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. N. 4, dez. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da Vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.
- CAPRA, Fritjof & STEINDL-RAST. *Pertencendo ao universo: explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade*. São Paulo: Cultrix, 1991.
- CARTA CAPITAL. *Especial Petróleo e Gás*. Os dois lados do desenvolvimento: novas descobertas de jazidas trazem riqueza e esperança para centenas de cidades, mas esses avanços ainda estão longe de chegar aos indicadores sociais na maioria dos municípios, 29 de junho de 2005.

- CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Interpretação judiciária da norma ambiental: uma tentativa de sistematizar a orientação da jurisprudência brasileira em matéria ambiental, para definir os critérios de interpretação. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al. Direito Ambiental em evolução*. V. 1. Curitiba: Juruá, 2005.
- CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia aplicada ao direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- CASTRO, Raquel Araújo. A hermenêutica constitucional americana na sociedade pós-moderna: uma contribuição para a defesa do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édís Milaré, n. 32, out./dez., 2003.
- CAUBET, Christian Guy. A irresistível ascensão do comércio internacional: o meio ambiente fora da lei? *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*. Curitiba, n.17, ago. 2000.
- \_\_\_\_\_. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. VARELLA, Marcelo Dias *et al. Governo dos riscos: Rede Latino-Americana - Européia sobre Governo dos Riscos*. Brasília: UNICEUB, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica (Você conhece?)*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CAVEDON, Fernanda de Salles. *Renovação do sistema jurídico-ambiental e realização do acesso à justiça ambiental pela atividade criadora no âmbito da decisão judicial dos conflitos jurídico-ambientais*. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí, 2006.
- CAZETTA, Ubiratan. A competência federal e os crimes contra o meio ambiente: uma crítica à Jurisprudência dos Tribunais Superiores. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 7, n. 27, p. 208-22, jul./set., 2002.
- CHOSSUDOVSKY, Michel. *A globalização da pobreza: impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial*. Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Moderna, 1999.
- CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Esgotamento do modelo do poder judiciário proposta de mudança. In: *Revista Justiça e Democracia*. N. 4. São Paulo: Ateliê Editorial/Associação Juízes para a Democracia, 2001.
- COELHO, Edihermes Marques. *Os direitos fundamentais em face da globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.
- COIMBRA, Marcelo Aguiar. O estado personalista de direito e a realização igualitária dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de *et al. Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CONCEIÇÃO, Maria Collares F. da. O papel das ONGs na defesa do meio ambiente: o exercício da cidadania. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al. Direito ambiental em evolução*. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Anual das Atividades da Corregedoria Nacional de Justiça 2005. Disponível em <[http://www.cnj.gov.br/relatorios/relatorio\\_anual\\_atividades\\_corregedoria\\_nacional\\_de\\_justica.pdf](http://www.cnj.gov.br/relatorios/relatorio_anual_atividades_corregedoria_nacional_de_justica.pdf)>. Acesso em: 05 maio 2006.

CREMA, Roberto. *Introdução à visão holística: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma*. São Paulo: Summus, 1989.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. O ministério público e a tutela preventiva dos interesses metaindividuais: O papel do inquérito civil. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré (Coord.), n. 30, abril/junho, 2003.

\_\_\_\_\_. Os crimes de perigo e a tutela preventiva do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 9, n. 34, p. 28-40, abr./jun., 2004.

CUNHA, Paulo. A Globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CZAPSKI, Silvia. A Raiz do Problema: o mundo dos negócios preocupa-se cada vez mais com a melhor forma de usar os recursos naturais e com a inclusão de comunidades carentes no mercado consumidor. (Especial Desenvolvimento Sustentável) In: *Revista Carta Capital* de 20 de julho de 2005.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. *A teoria das cargas processuais dinâmicas*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2004/teoriadascargasprocessuaisdinamicas.htm>>. Acesso em: 28 setembro 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de *et al.* *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLAZEM, Dalton Luiz. A declaração de inconstitucionalidade e a validade, a vigência, o vigor e a eficácia da norma jurídica. *Revista de Estudos Tributários*. Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 127-41, mar./abr., 2004.

DAL COL, Helder Martínez. *Classificação das normas jurídicas e sua análise, nos planos da validade, existência e eficácia*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, v. 10, n. 42., jan./fev., 2002.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2005.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. O papel do município na defesa do meio ambiente. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito ambiental em evolução*. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003.

DANTAS, Marcelo Buzaglo *et al.* O Dano moral ambiental e sua reparação. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de *et al.* *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tutela de urgência e demandas coletivas*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de *et al.* *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tutela de urgência nas lides ambientais: provimentos liminares, cautelares e antecipatórias nas ações coletivas que versam sobre o meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DIAS, Maurício. *Atoleiro Brasil*. Revista Carta Capital de 8 de março de 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 347, jul./ago./set de 1999.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Meio ambiente: competência para legislar sobre direito ambiental. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 2, n.7, p. 23-26, set./out., 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 1: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito Ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001*. São Paulo: Editora RT, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MILARÉ, Édís. *Princípios fundamentais do direito do ambiente*. Disponível em <[http://www.italolopes.com/ucb/auxiliar/aux\\_princ\\_dir\\_amb.pdf](http://www.italolopes.com/ucb/auxiliar/aux_princ_dir_amb.pdf)>. Acesso em: 04 novembro 2007.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. Fagúndez. São Paulo: LTr, 2000.

\_\_\_\_\_. *O direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003.

FARIA, José Eduardo Faria. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al. Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

FARIA, José Eduardo *et al. Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FÁVARO, Diocélia da Graça Mesquita. A formação ambiental do jurista. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al. Direito ambiental em evolução*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2003.

FERRARA, Francesco; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Interpretação e aplicação das leis. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. O controle judicial dos atos administrativos e a sumula vinculante. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v.16, n.7, p. 473-79, julho, 2000.

FREITAS, Carlos Machado de *et al.* Justiça Ambiental e Saúde Coletiva. In: ACSELRAD Henri *et al.* *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Poder Judiciário e o Direito Ambiental no Brasil*. Disponível em <<http://www.congressoambiental.com.br/artigos/CONFERENCE%20MAGNA.pdf>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.

FRIEDE, Roy Reis. *Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_. Sumula vinculante: desnecessidade e redundância. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Publicas*. São Paulo, v. 4, n.15, p. 217-19, abr./jun., 1996.

FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GORDILLO, José Luis. Critica Del “Estado homogéneo universal”. *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Curitiba, n. 17, ago., 2000.

GRABIANOWSKI, Ed. Como funciona a Interpol. Tradução de HowStuffWorks Brasil. Disponível em <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/interpol1.htm>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.

GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 137-55, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores - a Lei 7.347, de 24/07/85. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 11, n. 44, p. 113-128, out./dez., 1986.

\_\_\_\_\_. A defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 121-28, agosto, 2000.

\_\_\_\_\_. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. Disponível em <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/dezembro/2112/ARTIGOS/A03.htm>>. Acesso 15 maio 2007.

GROS ESPIELL, Hector. El derecho a vivir y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. Córdoba, v. 5. p. 45-73, 1992-1993.

GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *Para uma crítica à concretização das normas constitucionais a partir de Joaquim Gomes Canotilho*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2001.



- HERMITTE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias *et al.* *Governo dos riscos: Rede Latino-Americana – Européia sobre Governo dos Riscos*. Brasília: UNICEUB, 2005.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- INTERPOL. *About Interpol*. Tradução nossa. Disponível em <<http://www.interpol.int/public/icpo/default.asp>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.
- IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: La urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1990.
- JOSEPH, Paul. Obtendo informações e provas nos Estados Unidos. Disponível em <<http://www.trf2.gov.br/emarf/images/apresentapauljoseph.pdf>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.
- LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 30, n.120, p. 112-37, fevereiro, 2005.
- LANG, Tim; HINES, Colin. *O novo protecionismo: protegendo o futuro contra o comércio livre*. Tradução por Elisabete Nunes. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Justiça, validade e eficácia. In: LOTUFO, Renan *et al.* *A validade e a eficácia das normas jurídicas*. Barueri, SP: Manole, 2005.
- LEITE, Gisele. *Considerações gerais sobre o processo cautelar*. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em: 17 agosto 2005.
- LEITE, José Rubens Morato. *Ação popular: um exercício da cidadania ambiental?* Disponível em <[http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Acao\\_popular\\_ambiental.html](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Acao_popular_ambiental.html)>. Acesso em: 07 setembro 2006.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Cidadania ambiental e estado de direito ambiental na sociedade de risco. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coord.). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

- \_\_\_\_\_. Interesses meta-individuais: conceitos, fundamentações e possibilidade de tutela. In: OLIVEIRA JÚNIOR *et al.* *Cidadania Coletiva*. Florianópolis, Paralelo 27, 1996.
- LEITE *et al.* Jurisprudência sobre dano moral ambiental. In : LEITE, J. R. Morato; FERREIRA, H. Sivini (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Mandado de segurança: individual e coletivo*. São Paulo: WVC, 2002.
- LOCHE, Adriana *et al.* *Sociologia Jurídica: estudos de sociologia, direito e sociedade*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- LOURES, Flavia Tavares Rocha. A implementação do direito à informação ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édís Milaré, n. 34, abril/junho, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1990.
- MACEDO, Elaine Harzheim. O meio ambiente e a efetividade da tutela judicial em sede de mandado de injunção e de outras ações constitucionais. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 69-86, mar., 2005.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Competência comum, concorrente e supletiva em matéria de meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 131. p. 167-74, jul./set., 1996.
- \_\_\_\_\_. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MAGALHÃES, Vladimir Garcia. Competência concorrente em matéria ambiental: proteção ao meio ambiente e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n.2, p. 139-63, jul./dez., 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. A Jurisprudência, dominante ou sumulada, e sua eficácia contemporânea. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*. São Paulo, v.1, n.3, p. 40-47, agosto, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira *et al.* *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2004.
- MARQUES, Angélica Bauer. A cidadania ambiental e a construção do estado de direito do meio ambiente. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- MARTINS, Antônio Carlos Garcias. *Mandado de segurança coletivo: legitimidade para a causa e o regime da coisa julgada*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MARTINS, José Renato. *O controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

- MARTINS, Rode Anélia. *Eficácia do Sistema Normativo Ambiental: uma análise a partir da degradação ambiental no campus da Universidade Federal de Santa Catarina*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.
- MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 28, out./dez., 2002.
- \_\_\_\_\_. *Meio ambiente e direitos humanos*. Disponível em <<http://www.mp.sp.gov.br/caouma/Doutrina/Amb/Teses/Direitos%20Humanos%20-%20Marum.htm>>. Acesso em: 27 julho 2004.
- MATSUURA, Lílian. *Súmula vinculante pode banalizar reclamações ao STF*. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53420,1>>. Acesso em: 9 maio 2007.
- MATTOS NETO, Antonio Jose de. Competência legislativa municipal sobre meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 4, n.14, p. 120-33, abr./jun., 1999.
- MAY, Peter H. Avaliação integrada da economia do meio ambiente: propostas conceituais e metodológicas. In: ROMEIRO, Ademar Ribeiro *et al.* *Economia do meio ambiente: teoria, políticas e a gestão de espaços regionais*. Campinas: UNICAMP, 1996.
- MAZZILI, Hugo Nigro. In: TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e Celso Bastos Editor, 1998.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 34, abril/junho, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e cidadania: à luz no novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002.
- MCKIE, Robert; TOWNSEND, Mark. Nosso Mundo. Aquecimento? Não vi. (The Observer) Documentos revelam manobras do governo Bush para omitir evidências do efeito estufa na reunião do G 8. In: Revista Carta Capital de 29 de junho de 2005.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 9ª ed. São Paulo: Renovar, 1992.
- \_\_\_\_\_. Democratização do poder judiciário e acesso à justiça. In: *Revista Justiça e Democracia*. N. 4. São Paulo: Ateliê Editorial/Associação Juízes para a Democracia, 2001.
- \_\_\_\_\_. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MENEZES, Paulo Roberto Brasil Teles de. O direito do ambiente na era de risco: perspectivas de mudança sob a ótica emancipatória. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 32, out./dez., 2003.
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa do direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Limitações à antecipação de tutela e liminares cautelares*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 17 agosto 2005.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição e o Direito do Ambiente*. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1994.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

\_\_\_\_\_. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de *et al.* *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

\_\_\_\_\_. Proteção do meio ambiente: a omissão do poder público e o papel social do judiciário no controle da administração pública. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 30, abril/junho, 2003.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 32, out./dez., 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado*. São Paulo: Celso Basto Editor, 1999.

MORIN, Edgar *et al.* *As duas globalizações: complexidade e comunicação uma pedagogia do presente*. Porto Alegre: EDIPUCRS; Editora Sulina, 2002.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra pátria*. Porto Alegre: Sulina, 1995.

MORIN, Edgar *et al.* *O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millerinium Editora Ltda., 2003.

NASCIMENTO, José do *et al.* *Os direitos humanos e a sua articulação prática com os sistemas sociais*. Campo Grande: Editora UCDB, 2001.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEIVA, José Antônio Lisboa. Ações coletivas no direito brasileiro: uma visão geral. Disponível em <<http://www.trf2.gov.br/emarf/images/revhist0127neiva.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2007.

NICOLESCU, Basarab *et al.* *Educação e transdisciplinaridade*. São Paulo: TRIOM, 2002.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio de precaução no direito ambiental brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato *et al.* *Estado de Direito Ambiental: tendência, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NOVAES, Eduardo Sales. *Agenda 21: iniciativas regionais e locais*. Disponível em <<http://www.mre.gov.br/cdbrasil/itamaraty/web/port/meioamb/agenda21/apresent/index.htm>> Acesso em: 21 março 2006.

NOVAES, Regina *et al.* *Direitos Humanos: temas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros; GUIMARÃES, Flávio Romero. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Madras, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. *A tópica como método de interpretação constitucional aplicável a direitos e garantias fundamentais*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=33>>. Acesso em: 23 maio 2007.

OLTRAMARI, Alexandre. O raio X da justiça. In: *Revista Veja*. Edição 1904, ano 38, n. 19, 11 de maio de 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS AÇÕES UNIDAS. Carta da Organização das Nações Unidas. Disponível em <<http://www.onu-brasil.org.br/doc1.php>>. Acesso em: 20 fevereiro 2006.

\_\_\_\_\_. Declaração de Estocolmo de 1972. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 22 abril 2007.

\_\_\_\_\_. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992. Disponível em <[http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT\\_LI\\_6180\\_1\\_0001.htm](http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LI_6180_1_0001.htm)>. Acesso em: 22 abril 2007.

\_\_\_\_\_. Declaração e Programa de Ação de Viena (1993). Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 05 abril 2006.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 21 março 2006.

PACHECO, Cristiano de Souza Lima. *O dano ambiental potencial*. Disponível em <[http://www.brasilnuma.org.br/pordentro/artigos\\_020.htm](http://www.brasilnuma.org.br/pordentro/artigos_020.htm)>. Acesso em 11 fevereiro 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PEGORARO, Lucio. Os direitos “fundamentais” considerações sobre a elaboração do conceito e sua implicação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de *et al.* *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PELÁ, Carlos. O ordenamento e as normas institucionais. In: LOTUFO, Renan *et al.* *A validade e a eficácia das normas jurídicas*. Barueri, SP: Manole, 2005.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 30, n. 120, p. 77-94, fev., 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A validade da norma jurídica. In: LOTUFO, Renan *et al.* *A validade e a eficácia das normas jurídicas*. Barueri, SP: Manole, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização In: *Revista Justiça e Democracia*. N. 4. São Paulo: Ateliê Editorial/Associação Juízes para a Democracia, 2001.

PORTELLA, Celso Adão. *A questão da transparência ambiental normativa como imperativo da constituição federal de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. Campinas, SP: Millennium, 2005.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2004.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

REALE, Miguel. *Entrevista: um pensador voltado para a integralidade*. Disponível em <[www.usp.br/jorusp/arquivo/2000/jusp523/manchet/rep\\_res/rep\\_int/univers1.html](http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2000/jusp523/manchet/rep_res/rep_int/univers1.html)>. Acesso em: 29 agosto 2005.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*. V. 826. São Paulo: Editora RT, agosto de 2004.

REGO, Walquiria D. Leão. MÍDIA. *A oligarquização dos meios de comunicação coloca em risco a cidadania e ameaça os pilares de uma sociedade pluralista e civilizada*. Revista Carta Capital de 2 de novembro de 2005.

REIS, Márcio Monteiro. Moral e Direito: A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Perces-Barba e Dworkin. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIBERTI, Hercilia Aparecida G; KALSING, Sirlene Beatriz; COVER, Andrea Tereza. Eficácia das normas públicas. *Revista da Faculdade de Direito*. Pelotas, v. 40, n. 16, p. 97-109, jul., 1999.

RIOS, Josué de Oliveira *et al.* *Código de defesa do consumidor comentado*. São Paulo: Globo, 2001.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. Princípios ambientais, direitos fundamentais, propriedade e abuso de direito: por uma leitura a partir do garantismo jurídico (Ferrajoli). In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito ambiental em evolução*. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.

ROSSIT, Liliana Allodi; CANEPA, Carla. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.11, n. 42, p. 244-51, jan./mar., 2003.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Validade, vigência, eficácia e aplicação das normas jurídicas. Direito. *Programa de pós-graduação em Direito - PUC/SP*. São Paulo, n.2, p. 131-53, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais? *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 37, n. 147, p. 15-28, jul./set., 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Efeito vinculante e Deforma do Judiciário. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 2. p. 15-23, 2002.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: Torres, Ricardo Lobo *et al.* *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCURO NETO, Pedro. *Manual de sociologia geral e jurídica: lógica e método do direito, problemas sociais, comportamento criminoso, controle social*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação Internacional*. São Paulo: Manole, 2004.

SENISE, Walter José. *Problema de todos: Por que não federalizar o licenciamento ambiental?* Revista Consultor Jurídico, 11 de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/52756,1>>. Acesso em: 24 setembro 2007.

SERRANO, José-Luis. Concepto, formación y autonomía del Derecho Ambiental. In VARELLA, M. D.; BORGES, R. C. B. *O novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología y Derecho: principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Granada-Espana: Ecomares, 1992.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

SILVA, Américo Luiz Martins da. A eficácia das normas jurídicas ambientais. *Revista da Procuradoria Federal Especializada - INSS*. Brasília, v. 9, n. 1, p. 66-86, abr./jun., 2002.

SILVA, Anderson Furlan Freire da. Ativismo judicial em matéria ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al.* *Direito ambiental em evolução*. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Bruno Campos. As tutelas de urgência no âmbito da ação civil pública ambiental: tutelas antecipadas e cautelar. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 5, n. 26, p. 3689-712. jul./ago., 2004.

SILVA, Bruno Mattos e. A súmula vinculante para a administração pública aprovada pela reforma do judiciário. *Boletim de Doutrina ADCOAS*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 147-9, abril, 2005.

SILVA, Daniel Ribeiro da. A classificação jurídica da competência e coisa julgada nas ações coletivas. In: *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, n. 28, out./dez., 2002.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial*. Thex Editora, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. “*Como a Constituição é Verde*”: os princípios fundamentais da Constituição Portuguesa de Ambiente. In: Miranda, Jorge *et al.* *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976: evolução constitucional e perspectivas futuras*. Lisboa: Associação acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIZE, Pierre. *Dicionário da globalização: a economia de A a Z*. Tradução por Serge Goulart. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: Estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Atlas, 2004.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao meio ambiente sob a ótica dos direitos humanos e sua efetividade ante a omissão do Poder Público. *Boletim dos Procuradores da República*. São Paulo, v. 3, n. 31, p. 21-25, nov., 2000.

SÔNIGO, Greice Milanese. Súmula Vinculante: medida que pode agravar o problema da morosidade do Poder Judiciário. In CAON, Leoberto Baggio *et al. Temas jurídicos relevantes*. Florianópolis: Insular, 2004.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexos de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 8, n. 32, p. 83-103, out./dez., 2003.

STEIN, Paul. Direito ambiental mito ou realidade? Um tribunal especializado em meio-ambiente: uma experiência australiana. Tradução de Dario A. Passos de Freitas. In: FREITAS, Vladimir Passos de *et al. Direito Ambiental em evolução*. V. 1. Curitiba: Juruá, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante e o mito da efetividade. *Justiça e Democracia*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 41-47, jul./dez., 1996.

\_\_\_\_\_. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al. Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

TARSO, Paulo de. *O Departamento de Polícia Federal e a Repressão (e prevenção) aos crimes contra o meio ambiente e o patrimônio histórico*. Disponível em <<http://www.sindepolbrasil.com.br/sindepol05/ambiente.htm>>. Acesso em 07 fevereiro 2008.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e Celso Bastos Editor, 1998.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. ALMEIDA FILHO, Agassiz de *et al. Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente: inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na forma específica*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

TESSLER, Marga Barth. O valor do dano ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos *et al. Direito Ambiental em Evolução*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2003.

THORSTENSEN, Vera *et al. O Brasil frente a um mundo dividido em blocos*. São Paulo: Nobel, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: MELLO, Celso de Albuquerque *et al. Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário. *Revista de informação legislativa*. N. 128. Brasília: João Batista Soares de Souza Editor, outubro/dezembro de 1995.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*. Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édís Milaré, n. 30, abril/junho, 2003.

URSAIA, Maria Lúcia Lencastre. Vigência e eficácia da norma convencional na ordem jurídica brasileira. *Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ*. Brasília, v. 7, n. 20. p. 99-104, março, 2003.

WIKIPEDIA. *Furacão Katrina*. Disponível em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Furac%C3%A3o\\_Katrina](http://pt.wikipedia.org/wiki/Furac%C3%A3o_Katrina)>. Acesso em: 24 abril 2007.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico. Efeito vinculante e outros temas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 35, n.138, p. 75-87, abr./jun., 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Diálogo proferido em 10 de agosto de 2007, por ocasião da defesa prévia da autora deste trabalho (informação verbal).

\_\_\_\_\_. *Entre violentados e violentadores?* São Paulo: Editora Cidade Nova, 1998.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. *As ações coletivas e os novos lugares da democracia no Brasil*. Disponível em <<http://cedes.iuperj.br/PDF/publicacao/acoescoletivas.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2007.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

VITTA, Heraldo Garcia. Da definição e da divisão (no direto): da classificação das competências das pessoas políticas e do meio ambiente. *Revista de Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n.19, p. 185-202, 1997.

\_\_\_\_\_. Da divisão de competências das pessoas políticas e o meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 3, n.10, p. 93-101, abr./jun., 1998.