

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Gabriela Cristina Braga Navarro

**HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DIREITO AMBIENTAL:
CONCRETIZANDO A JUSTIÇA AMBIENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Rubens Morato Leite

**Florianópolis
2014**

N322hNavarro, Gabriela Cristina Braga

Hermenêutica filosófica e direito ambiental [dissertação]: concretizando a justiça ambiental/ Gabriela Cristina Braga Navarro; orientador, José Rubens Morato Leite. - Florianópolis, SC, 2014.

234p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Hermenêutica. 2. Direito ambiental. 3. Justiça ambiental. 4. Interpretação. I. Leite, José Rubens Morato. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

Gabriela Cristina Braga Navarro

**HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DIREITO AMBIENTAL:
CONCRETIZANDO A JUSTIÇA AMBIENTAL**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de Mestre e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 28 fevereiro de 2014.

Prof. Luiz Otávio Pimentel, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof., Dr. José Rubens Morato Leite
Orientador - UFSC

Prof.^a, Dr.^a Leticia Albuquerque
UFSC

Prof., Dr. Patryck de Araújo Ayala
Membro externo – UFMT

Prof.^a, Dr.^a Maria Leonor Cavalcanti
UFSC

Prof., Dr. Luiz Henrique U. Cademartori
UFSC

Aos meus pais e minhas irmãs, conforto para meus momentos de solidão, razão para minhas horas de tormenta e alegria para meus momentos de vitória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família por todo suporte e compreensão oferecidos ao longo do Mestrado, sem os quais a conclusão do presente trabalho não seria possível.

Agradeço imensamente ao Prof. Dr. José Rubens Morato Leite, que na posição de orientador do presente trabalho representou um verdadeiro guia pelos caminhos do Direito Ambiental. Sua dedicação à pesquisa, docência e extensão foi indubitavelmente inspiradora para o presente trabalho. Ainda, o diálogo realizado durante toda a pesquisa marcou definitivamente seu conteúdo.

Sendo a construção do conhecimento algo permanente e transformador guiado pelos educadores, agradeço ainda aos inúmeros professores que contribuíram para a presente pesquisa, desde a graduação até o mestrado. Agradeço em especial ao Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori, pelo auxílio oferecido quanto à hermenêutica e teoria da interpretação.

Foi condição de possibilidade da pesquisa a sua abertura ao diálogo e à discussão. Assim, agradeço aos companheiros da Pós Graduação pelas diversas discussões jurídicas e filosóficas, tanto durante as aulas como fora delas. Agradeço também ao Grupo de Pesquisa em Direito Ambiental na Sociedade do Risco – GPDA/UFSC e a seus membros pela contribuição nos debates de diversas obras essenciais para a presente pesquisa.

Agradeço também às grandes amigas construídas em Florianópolis, por todo o apoio nos momentos de angústia e por toda alegria compartilhada. Agradeço ainda aos meus companheiros da graduação na Unesp/Franca, cuja amizade nem o tempo e nem a distância conseguiram abalar. Sem dúvida nenhuma, o equilíbrio para a construção do presente trabalho está alicerçado na ajuda oferecida por meus amigos.

Agradeço por fim à Capes, pelo financiamento da presente pesquisa.

*Se não formos em busca do inesperado, nunca o encontraremos.
(Edgar Morin)*

*A humanidade se encontra numa encruzilhada:
deve decidir se quer continuar a viver neste planeta ou se aceita caminhar ao encontro do pior. [...] Ou damos espaço a um novo paradigma civilizatório que nos poderá salvar ou enfrentaremos a escuridão.
(Leonardo Boff)*

RESUMO

O propósito do presente trabalho é, por meio da hermenêutica filosófica, indicar elementos interpretativos que contribuam para uma adequada interpretação, aplicação e compreensão do direito ambiental contemporâneo. Parte-se da análise da inefetividade do direito ambiental, examinando sua posituação, seu enfraquecimento e o cenário que o circunda de grave crise socioambiental. Em seguida, analisa-se a incompreensão do direito ambiental pelo Poder Judiciário por meio de dois casos paradigmáticos envolvendo uma série de decisões julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Os casos escolhidos foram a responsabilização pelo dano extrapatrimonial ambiental e a proibição da realização de queimadas em canaviais. Verificou-se a existência de decisões contraditórias dentro de um mesmo órgão, demonstrando a incoerência na aplicação do direito ambiental. Assim, ficou patente a imprescindibilidade de uma reformulação no modo como o direito ambiental é interpretado, o que levou à análise da hermenêutica jurídica em um terceiro momento. Analisa-se o surgimento da hermenêutica e as modificações promovidas pela hermenêutica filosófica. No campo jurídico, analisa-se o positivismo, o neoconstitucionalismo e as contribuições da hermenêutica filosófica para o Direito. Por derradeiro, são analisadas as contribuições da hermenêutica filosófica para o direito ambiental por meio de seus elementos fundamentais. Conclui-se pela inelutável necessidade de uma reformulação no campo interpretativo do direito para sua adequação às modificações na sociedade e no próprio direito nos últimos tempos.

Palavras-chave: Hermenêutica. Direito ambiental. Justiça ambiental. Interpretação.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is, through the philosophical hermeneutics, indicate interpretive elements that contribute to a proper interpretation, understanding and application of contemporary environmental law. It initiates with an analysis of the ineffectiveness of environmental law, examining its inscription in the positive law, its weakening and the scenery that surrounds it, a serious environmental crisis. Then analyzes the misunderstanding of environmental law by the Judiciary through two paradigmatic cases involving a series of decisions deemed by the Superior Tribunal de Justiça. The cases chosen were: responsibility in environmental moral damage and the ban on holding of fires in the sugar cane plantations. We verified the existence of conflicting decisions within the same agency, demonstrating the inconsistency in the application of environmental law. So has demonstrated the indispensability of an overhaul in the way environmental law is interpreted, which led to the analysis of legal interpretation in a third time. Then, analyzes the emergence of hermeneutics and the changes promoted by philosophical hermeneutics. In the legal field, we analyze positivism, neoconstitutionalism and contributions of philosophical hermeneutics to the right. For the last, we analyze the contributions of philosophical hermeneutics to environmental law through its fundamental elements. It concludes the inescapable need for an overhaul in the interpretive field of law for their suitability to the changes in society and the law itself in recent times.

Keywords: Hermeneutics. Environmental law. Environmental justice. Interpretation.

LISTA DE ABREVIACÕES

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg- Agravo Regimental
APP - Área de Preservação Permanente
CF - Constituição Federal
CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente
EDcl - Embargos de Declaração
EIA - Estudo de Impacto Ambiental
LACP - Lei Ação Civil Pública
LC – Lei Complementar
LINDB - Lei Introdução Normas Direito Brasileiro
LPNMA - Lei de Política Nacional Meio Ambiente
NCD – Nova crítica do direito
NCLA – Novo constitucionalismo latino americano
ONU - Organização das Nações Unidas
PEC - Projeto de Emenda Constitucional
PL - Projeto de Lei
PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
REsp- Recurso Especial
STJ - Superior Tribunal de Justiça
STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 A INEFETIVIDADE DO DIREITO AMBIENTAL	27
2.1 A AGONIA PLANETÁRIA	32
2.2 O ESVERDEAMENTO NORMATIVO.....	38
2.2.1 A positivação do direito ambiental no Brasil	44
2.2.1.1 A constitucionalização do direito ambiental	47
2.2.1.2 O retrocesso ambiental	52
2.2.2 O Estado de Direito Ambiental	56
2.2.3 Princípios materiais do direito ambiental	61
2.2.4 Princípios instrumentais do direito ambiental	68
2.3 A JUSTIÇA AMBIENTAL	73
3 A JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS	79
3.1 O DANO EXTRAPATRIMONIAL EM MATÉRIA AMBIENTAL	82
3.1.1 O posicionamento da 2ª. Turma: <i>in dubio pro natura</i>	85
3.1.2 O posicionamento da 1ª. Turma: a dor é individual	97
3.2 A QUESTÃO DA QUEIMA DA PALHA DA CANA DE AÇÚCAR	106
3.2.1 Análise do contexto fático e legal da queima	107
3.2.1.1 Regulação normativa.....	110
3.2.1.2 A questão no estado de São Paulo.....	1134
3.2.3 O posicionamento do STJ quanto à queima: inconstitucional, mas possível	115

3.3 CONCLUSÃO PARCIAL	131
4 HERMENÊUTICA E DIREITO	137
4.1 A PRÉ-HISTÓRIA HERMENÊUTICA	138
4.2 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	142
4.2.1 Os fundamentos em Martin Heidegger	142
4.2.2 A consolidação da hermenêutica em Hans Georg Gadamer	145
4.3 HERMENÊUTICA E DIREITO: DA ESCOLA DA EXEGESE AO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	156
4.3.1 Neoconstitucionalismo e panprincipiologismo.....	161
4.3.2 As implicações da hermenêutica filosófica para o Direito	168
5 ALÉM DOS MÉTODOS: O DIREITO AMBIENTAL ENTRE A FACTICIDADE E A LINGUAGEM	181
5.1 A PRÉ-COMPREENSÃO AMBIENTAL E A CONSTRUÇÃO DE UM SABER (JURÍDICO) AMBIENTAL	183
5.2 A LINGUAGEM E O DIREITO AMBIENTAL.....	190
5.3 A FUSÃO DE HORIZONTES E A RESPONSABILIDADE INTERGERACIONAL.....	195
5.5 A JUSTIÇA AMBIENTAL COMO UM REFERENCIAL HERMENÊUTICO	206
5.6 A HERMENÊUTICA ENQUANTO ATITUDE: USO CONTRAHEGEMÔNICO DO DIREITO.....	212
6 CONCLUSÃO	215
REFERÊNCIAS.....	223

1 INTRODUÇÃO

A questão ambiental tem se tornado fator de grande preocupação mundial nos últimos tempos. Embora inicialmente a questão fulcral fosse a preocupação com a saúde e o bem estar do ser humano (com problemas como poluição atmosférica e hídrica e saneamento básico), com os crescentes estudos científicos evidenciando a possibilidade de catástrofes ambientais iminentes, passou a englobar ainda a ameaça à própria sobrevivência humana. Atualmente, a preocupação com proteção ambiental é muito mais ampla, referindo-se aos seres humanos das gerações presentes e futuras e mesmo reconhecendo-se valor intrínseco à natureza.

Diante de tal cenário, é fundamental a atuação do Judiciário como garantidor do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado assegurado constitucionalmente. Ademais, a partir da verificação de que ao mesmo tempo multiplicam-se as legislações internas e internacionais em matéria ambiental e a degradação contumaz e reiterada da natureza, não basta ao jurista apenas criar novos tipos normativos ou esclarecer a norma posta. É essencial uma postura comprometida com a transformação radical da situação presente por meio de uma nova visão do direito.

Por sua vez, essa nova visão do direito somente pode ser alcançada através de um viés hermenêutico, pois não cabe ao aplicador do direito ambiental a busca pela “vontade imanente da lei” e muito menos a reprodução de um sentido oculto. Aquele que se propõe a aplicar o direito ambiental deve ter em mente a vinculação entre teoria e prática, tanto para construção de sentido das regras como para transformação das situações fáticas, atuando de forma criativa e transformadora.

Assim, a presente pesquisa tem por objeto a preocupação com a apresentação de parâmetros para um novo viés hermenêutico aplicável ao direito ambiental.

Multiplicam-se a cada dia os riscos ambientais, manifestados tanto em catástrofes de grandes vultos (enchentes, secas, ondas de calor...) como também em riscos imperceptíveis a primeira vista, como organismos geneticamente modificados e agrotóxicos. Ademais, em um contexto de mudanças climáticas, a própria sobrevivência humana está ameaçada. Essa crise ambiental está imbricada justamente com o auge do modelo civilizatório pretendido desde a modernidade, baseado no cientificismo e na crença no progresso. Evidencia-se aqui um primeiro

paradoxo da contemporaneidade: o auge do sistema é ao mesmo tempo a sua crise.

Como tentativa de controlar a crise ecológica, o direito passa a abranger aspectos ambientais, inaugurando novos direitos e deveres no cenário jurídico, além de modificar outros já existentes. Essas transformações no direito implicam mudanças substanciais no papel exercido pelo Estado, que passa a se configurar como um Estado de Direito Ambiental. Assim, multiplicam-se as leis ambientais, no âmbito interno, e os tratados ambientais, no âmbito internacional, tanto qualitativamente (em relação aos temas abordados) como quantitativamente, configurando um verdadeiro “esverdeamento” legislativo.

Entretanto, ao contrário do esperado, a multiplicação legislativa não resolve os problemas ecológicos. Muito pelo contrário, ela agrava a inefetividade do direito ambiental, seja por levar à incoerência do ordenamento, seja pelo sentimento de insegurança e descrença gerado nos cidadãos. Eis aqui um segundo paradoxo: quanto mais leis ambientais, mais se agrava a crise ambiental.

Esse esverdeamento no campo jurídico causa modificações profundas, configurando um novo paradigma ambiental. Superando o individualismo clássico do positivismo jurídico, esse novo paradigma traz ínsito a si a questão da solidariedade e da defesa dos bens comuns. Não são apenas os interesses particulares que gozam de proteção, como também os coletivos. Ainda, há uma transformação no antropocentrismo, eis que o ser humano deixa de ser a medida para todas as coisas, passando a natureza a ser protegida por seu valor intrínseco. Trata-se de um antropocentrismo alargado. Supera-se também a visão patrimonialista do direito, passando-se a proteger determinados interesses ainda que extrapatrimoniais. Por fim, a linguagem do direito modifica-se, sobrevivendo com maior frequência a referência a valores e termos técnicos.

Todas essas modificações no direito positivo (Constituição e leis escritas) demonstram a clara intenção do legislador por um novo modelo: um paradigma ambiental. Entretanto, as modificações no direito não foram acompanhadas por uma modificação no modo como o direito é compreendido e aplicado, gerando um descompasso entre direitos coletivos e extrapatrimoniais e uma interpretação individualista, patrimonialista e antropocentrista. Configura-se uma patente incompreensão do direito ambiental, já que suas profundas alterações não foram acompanhadas por modificações na hermenêutica jurídica.

Assim, considerando o contexto de crise, em que estão imersos o direito ambiental e a sociedade em geral, surge o problema da presente pesquisa: em que medida a hermenêutica filosófica viabiliza a construção de decisões judiciais mais aproximadas do Estado de Direito Ambiental que permitam a melhor concretização da justiça ambiental? Em resposta, a hipótese de pesquisa é de que a hermenêutica filosófica proposta por Gadamer apresenta parâmetros indispensáveis para as decisões judiciais em matéria ambiental, como os conceitos de fusão de horizontes, historicidade e a universalidade da linguagem.

Assim, o presente trabalho almeja oferecer parâmetros para a superação da incompreensão do direito ambiental através das contribuições da hermenêutica filosófica para o campo jurídico (objetivo geral). Acredita-se que uma devida compreensão dos termos jurídicos enseja a sua correta aplicação, levando à concretização dos objetivos ambientais previstos nas legislações, e, dessa forma, vinculando teoria e práxis.

Salienta-se, contudo, que a incompreensão do direito ambiental está ligada a diversos outros fatores, relacionados desde de uma dificuldade na própria positivação do direito ambiental (pela mutabilidade de seu conteúdo ou pela sua tecnicidade), como pela influência de fatores políticos e ideológicos no posicionamento dos julgadores. Assim, embora a hermenêutica filosófica ofereça contribuições para o direito ambiental, não representa a solução definitiva para sua plena efetividade.

São objetivos específicos do presente trabalho: descrever o modelo vigente de direito ambiental, analisando a sua inefetividade por meio da apreciação da crise ambiental; demonstrar a incompreensão do direito ambiental pelo Poder Judiciário brasileiro, por meio de pesquisa jurisprudencial qualitativa; analisar a hermenêutica filosófica e verificar suas contribuições para o direito; e relacionar as contribuições jurídicas da hermenêutica filosófica com o direito ambiental, estabelecendo parâmetros hermenêuticos para a concretização da proteção ambiental.

Trata-se de uma pesquisa fundamental para o direito ambiental, pois não basta ao jurista criar novos elementos legislativos, sendo primordial uma modificação nos sustentáculos interpretativos do sistema jurídico. A legislação ambiental já seria suficiente para solucionar a crise ambiental se fosse devidamente compreendida e aplicada, demonstrando a imprescindibilidade do estudo acerca da interpretação ambiental.

O presente trabalho tem ainda uma importância prática muito grande, pois pretende elencar elementos da hermenêutica filosófica

imprescindíveis para a construção de decisões judiciais em matéria ambiental, os quais contribuirão para a atividade daqueles que trabalham diariamente com a efetivação do direito ambiental e, conseqüentemente, para concretização dos objetivos constitucionais ambientais.

No que tange à questão da justiça ambiental, seu estudo torna-se primordial pois multiplicam-se e agravam-se a cada dia as formas de discriminação ambiental, urgindo a necessidade de uma discussão aprofundada sobre as formas de concretização da justiça ambiental. Ademais, os estudos referentes à temática têm sido focados na questão econômica, em especial quanto a análise do desenvolvimento. A análise jurídica da justiça ambiental, bem como a análise de sua concretização pelo Judiciário, vem a complementar os estudos na temática.

Dada a polissemia que o vocábulo “hermenêutica” pode apresentar, é primordial a sua definição, eis que o conceito adotado terá profundas implicações para sua aplicação. Adota-se aqui a hermenêutica filosófica proposta por Hans Georg Gadamer¹, com base nos preceitos de Martin Heidegger. O conceito designa a mobilidade do ser-no-mundo, abrangendo toda a sua experiência com a historicidade que o cerca, tornando consciente algo que precede a própria aplicação dos métodos. Assim, não se trata de uma teoria geral da interpretação, e nem da mera apresentação de métodos para solução de conflitos, mas sim o modo como o ser vivencia as tradições históricas. Desta forma, não se trata de uma ciência hermenêutica, nem de uma arte hermenêutica, mas de uma filosofia hermenêutica.

Quanto ao âmbito de aplicação da hermenêutica adotada, adota-se com prioridade a função de jurisdição. O Poder Judiciário, na realização da atividade jurisdicional, é o responsável por decidir em última instância sobre conflitos ambientais, concretizando a inafastabilidade de jurisdição. Assim, a atividade hermenêutica ganha proeminência dentro desse Poder estatal. Todavia, a contribuição da hermenêutica filosófica não se restringe à aplicação jurisdicional do direito ambiental, abrangendo todos os demais poderes estatais e mesmo a aplicação fora do Estado. Isso ocorre porque a teoria de Gadamer propõe uma nova constituição do ser, uma verdadeira filosofia, um novo modo de lidar com o mundo, com implicações não apenas no campo interpretativo, como também para a epistemologia e a ontologia.

Ou seja, muito embora o foco do presente trabalho seja a atuação judicial em matéria ambiental, os elementos hermenêuticos aqui

¹GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999.

propostos oferecem uma contribuição também para a aplicação do direito ambiental em outras áreas, como a composição extrajudicial de conflitos, a atuação administrativa dos órgãos estatais ambientais, a atuação das organizações não governamentais etc. Isso ocorre porque o texto constitucional, ao configurar um pacto sobre determinados valores e objetivos, é aplicado não apenas pelo Judiciário, como também por toda a sociedade em uma abertura substancial de sua interpretação.

Cabe salientar ainda que não é objetivo do presente trabalho a elaboração de uma “hermenêutica ambiental”, pois é um dos elementos fundamentais da hermenêutica filosófica a universalidade da linguagem, que leva à própria universalidade da hermenêutica. Essa universalidade hermenêutica não possibilita sua divisão em diversos ramos especializados. Por esse motivo, fala-se aqui em utilização de elementos da hermenêutica filosófica para o direito ambiental, e não propriamente uma hermenêutica ambiental, muito embora se reconheçam as diversas especificidades desse ramo jurídico.

O método de procedimento utilizado foi o dedutivo.

A metodologia utilizada foi bibliográfica, descritiva, exploratória e jurisprudencial. O conteúdo teórico da pesquisa foi desenvolvido a partir da leitura de legislações, jurisprudências, obras doutrinárias, artigos científicos, monografias e teses apresentadas em Universidades. Para análise do aspecto prático, foram abordados diversos relatórios quanto à situação da crisesocioambiental, elaborados em especial por organismos internacionais.

Com objetivo de demonstrar eventuais incompatibilidades entre decisões ambientais, analisaram-se julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tratados em um capítulo específico. Foram qualitativamente selecionados dois grandes casos, englobando uma série de decisões. Para acesso aos julgados, foi utilizado o instrumento virtual de pesquisa jurisprudencial disponível no endereço eletrônico do STJ. A seleção dos casos (queima da palha da cana de açúcar e responsabilidade extrapatrimonial) deu-se em razão da importância que as temáticas apresentam para o contexto ecológico brasileiro, uma referente a preocupações preventivas, e a outra a preocupações eminentemente repressivas. Não se trata de um estudo de caso relativo a tais questões, mas meramente da análise de eventuais divergências decisórias.

A análise das decisões também foi realizada de forma qualitativa: analisa-se com maior ênfase algumas decisões consideradas de maior importância, seja pelos argumentos utilizados, seja por seu pioneirismo no trato da questão. Assim, ênfase foi concedida a decisões que inauguram uma nova fundamentação ou que modificam um

posicionamento já cristalizado ou ainda que apresentam argumentos construídos com base em uma hermenêutica bem fundada. Com objetivo de demonstrar a modificação (ou não) de posicionamentos, as decisões foram analisadas cronologicamente.

Para cumprir os objetivos propostos, o trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro descreve o cenário contemporâneo que circunda o direito ambiental. Analisa-se a inefetividade do direito ambiental, identificando suas principais causas. O contexto de crise também é identificado, por meio da análise da agonia planetária e de diversos relatórios socioambientais. Segue-se a análise do direito ambiental internacional e passa a descrever a positivação do direito ambiental brasileiro, fulminando na análise do retrocesso legislativo vivenciado atualmente. São analisados ainda os princípios do direito ambiental, dada a normatividade que estes passam a assumir no direito contemporâneo. Face à tais modificações no ordenamento jurídico, modifica-se também o papel do Estado, identificado como um Estado de Direito Ambiental. Já em um viés axiológico, é analisada a teoria da Justiça Ambiental, identificado como objetivo máximo do direito ambiental.

O segundo capítulo analisa o modo como o Poder Judiciário tem interpretado o direito ambiental, caracterizando um cenário de incoerência e insegurança jurídica. Por meio de dois casos paradigmáticos de relevante importância (a responsabilidade por dano extrapatrimonial ambiental e a proibição da queima em canaviais), analisam-se uma série de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. São verificadas diversas decisões contraditórias dentro de um mesmo órgão decisório, as quais muitas vezes negam efetividade ao direito ambiental, mantendo situações fáticas de injustiça ambiental. Evidencia-se, com isso, a necessidade de novos parâmetros hermenêuticos para lidar com a questão ambiental.

A hermenêutica filosófica, cujo principal teórico é Gadamer, passa a ser analisada em um terceiro capítulo. São identificados seus antecessores teóricos, bem como seus principais elementos. Em seguida, o capítulo analisa a hermenêutica jurídica, partindo da exegese dos textos legais para as atuais correntes neoconstitucionalistas. Por fim, as contribuições da hermenêutica filosófica para o direito são analisadas, evidenciando-se a abertura crítica oferecida por aquela.

A relação dos parâmetros hermenêuticos propostos por Gadamer e o direito ambiental é estabelecida no quarto capítulo, evidenciando-se a imprescindibilidade de modificações profundas na hermenêutica

jurídica para adequá-la à uma correta aplicação do direito ambiental, superando a dogmática jurídica e o juspositivismo.

Conclui-se pela postulação da hermenêutica filosófica enquanto atitude responsável por modificar não apenas a teoria, mas também as situações fáticas relacionadas. Essa perspectiva abre o direito ambiental para uma possibilidade transformadora e criativa, capaz de modificar um cenário de degradação dos recursos naturais e patente discriminação ambiental, concretizando os objetivos constitucionais relativos à Justiça Ambiental.

2 A INEFETIVIDADE DO DIREITO AMBIENTAL

O presente capítulo tem por finalidade a demonstrada crise de efetividade do direito ambiental, elucidando que não se trata de uma crise isolada da área jurídica, mas sim uma crise complexa e multifacetada que engloba diversos aspectos da sociedade. A inefetividade do direito ambiental pode ser demonstrada tanto por um viés fático, através da análise da crise ecológica, como por um viés teórico, tomando por base a positivação do direito ambiental.

Desde já, deve-se diferenciar eficácia de efetividade. Após a publicação de uma lei e o cumprimento de sua *vacatio legis*, a legislação já está em vigor, ou seja, possui eficácia jurídica. Em outras palavras, possui aptidão para produzir efeitos jurídicos. Todavia, pode ocorrer que a legislação não seja cumprida na prática por diversos motivos, como econômicos, sociais ou culturais. Diz-se, assim, que a lei não tem eficácia social, ou ainda, que não goza de efetividade. A concretização plena da legislação ocorre quando todos os seus objetivos são cumpridos, tornando-se realidade.

Sendo o direito ao meio ambiente equilibrado um direito fundamental, goza de aplicabilidade plena e imediata (Constituição Federal, art. 5º, §1º), ou seja, possui, desde sempre, aptidão para produzir seus efeitos. Entretanto, é fácil verificar que a lei ambiental é frequentemente descumprida, tanto por parte dos particulares, como por parte do próprio Estado. Daí a afirmação de que o direito ambiental não goza de efetividade.

O capítulo parteanalisando o contexto de crise que nos circunda, identificando o que Morin denominou de “agonia planetária”. Assim, a atual situação do meio ambiente será considerada através da análise de diversos relatórios internacionais que denunciam o acelerado processo de mudanças climáticas, bem como diversos outros problemas socioambientais.

O contexto planetário de grave crise ambiental faz emergir no seio do Direito a preocupação com a temática, surgindo assim modificações no campo jurídico para adequá-lo a novas necessidades sociais de proteção ecológica. Será analisada, em seguida, a positivação do direito ambiental no Brasil no direito internacional. Nesse momento, serão observados tanto o surgimento e consolidação do direito ao meio ambiente equilibrado como a contemporânea tentativa de enfraquecimento de seus pressupostos por meio de elaboração de legislações retrocessivas, que sujeitam a sua aplicabilidade a interesses econômicos imediatistas. Serão analisados também os princípios do

direito ambiental, dada a normatividade que tais postulados têm assumido no direito contemporâneo, bem como a sua imprescindibilidade para uma perfeita compreensão do direito positivo.

Tendo por base um enfoque axiológico da questão, superando um mero dogmatismo, parte-se para a análise da teoria da justiça ambiental, em que se demonstra a vinculação entre teoria e prática do direito, bem como entre aspectos sociais, ambientais e políticos no campo jurídico. Analisada a realidade de crise ecológica, bem como o sistema jurídico ambiental, a justiça ambiental ingressa como um elemento capaz de demonstrar a vinculação existente entre esses dois pressupostos (a realidade e a legislação), bem como um parâmetro compreensivo imprescindível para a plena aplicação do direito ambiental.

É fato que a relação entre ser humano e natureza ocorre desde os primórdios da humanidade. No entanto, é somente após a Revolução Industrial que esse relacionamento passa a ter contornos destrutivos: o aumento incessante da produção em larga escala e os novos padrões de consumo ensejam de forma acelerada a presente crise ambiental.

O direito ambiental surge como uma tentativa de controlar a crise, eclodindo na década de setenta, internacionalmente, e no final da década de oitenta, em âmbito nacional. Daquele período até hoje, no entanto, a crise ambiental apenas se agravou.

Isso demonstra que o direito ambiental tem sido ineficaz no controle da crise ambiental, pois são mantidos padrões econômicos de produção extremamente insustentáveis, gerando consequências socioambientais nefastas como concentração de renda, mudanças climáticas, esgotamento de recursos, desastres ambientais...

A persistência da crise ambiental mesmo após a promulgação de legislações ambientais extremamente avançadas, como é o caso da brasileira, demonstra que a mera elaboração legislativa não é suficiente para modificar a situação posta, sendo primordial que se questione o modo como ocorre a aplicação dessa legislação.

Na temática dos direitos humanos, Flores² postula que a luta pela efetivação real dos direitos deve continuar, pois a cada dia reiteram-se as práticas que levam a sua violação. Destarte, não basta analisar apenas o direito positivado, mas torna-se essencial o aprofundamento do estudo das causas de sua inefetividade. A mesma lição pode ser aplicada ao direito ambiental: não basta a análise da norma positivada. Esta deve ser realizada em consonância com toda a realidade fática que a engloba,

² FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

bem como pela análise dos órgãos estatais responsáveis por sua aplicação.

Dentro de uma análise crítica do direito ambiental, conforme propõe Coelho³, a crise ambiental está relacionada principalmente ao nosso modelo civilizacional desenvolvimentista, em que se almeja crescimento econômico incessante, desvinculado de preocupações socioambientais. Os princípios basilares do capitalismo (individualismo, consumismo e valorização extrema de bens materiais) são grandes responsáveis pela crise, a qual não se solucionará sem a modificação de tais princípios.

Para Coelho, “a dogmática ambiental abriga, em função da ideologia que lhe é subjacente, uma atitude hermenêutica positivista, individualista e subjetivista, sempre com a prevalência dos interesses individuais sobre os da comunidade”. Assim, são indicados como fatores da inefetividade do direito ambiental: grande multiplicidade de atos normativos ambientais, dependência entre a política ambiental e a política econômica, apego ao formalismo, individualismo e corrupção.⁴

Já Azevedo, parte da falência do paradigma científico, relacionando-a ao modelo civilizacional, tão sofisticado tecnologicamente quando suicida. Tal falência é apresentada nos setores jurídico, ético, político e científico. Em especial, na área do direito ambiental, ressalta o autor sua ambiguidade imanente, relativa à positivação simultânea do desenvolvimento (catalisador da catástrofe ambiental) e de instrumentos controladores de tal catástrofe.⁵ A superação da crise relaciona-se assim, imprescindivelmente, a “uma ética capaz de valorizar e superar o pensamento tecnoeconomicista, que contamina o direito, a política, a ciência e a tecnologia”. Ainda, é “indispensável respeitar a vida, sob todas as suas formas, redescobrir a esperança e sentir o peso da responsabilidade transgeracional”⁶.

Um outro elemento denunciador da patente ineficácia do direito ambiental diz respeito ao abismo existente entre as multas ambientais aplicadas e aquelas efetivamente pagas. Em 2005, foram aplicados R\$ 1,4 bilhões em multas ambientais. Todavia, apenas R\$ 8 milhões foram arrecadados, demonstrando uma patente impunidade nos danos

³COELHO, Luiz Fernando. Dogmática, Zetética e Crítica do direito ambiental. **Revista de Ciência Jurídica e Social da Unipar**, Umuarama, v. 11, n. 1, p. 285-310, jan./jun. 2008.

⁴Ibidem.

⁵AZEVEDO, Plauto Faraco. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. 2. ed. Rev., at, amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. *in passim*.

⁶Ibidem. p. 148 -149.

ambientais, violando princípios e ainda promovendo a reiteração de condutas degradantes ao ambiente⁷.

Frente a essa patente inefetividade do direito ambiental, Krell chama atenção para o conteúdo simbólico da legislação ambiental, que já é elaborada por meio de uma “programação de ineficácia”, ou seja, editadas para não serem cumpridas. Em suas palavras, “pode-se ganhar a impressão de que as leis de proteção ambiental servem menos para ser executadas (função **normativa**) e mais para legitimar o sistema político, que, através de sua promulgação, finge capacidade e vontade de resolver os problemas (função **simbólica** ou **álibi**)”⁸. Para o autor, torna-se imprescindível que o direito ambiental passe por uma reflexão pragmática, examinando-se os fenômenos políticos e socioeconômicos que condicionem sua viabilidade e utilidade social.

É possível ainda vincular a inefetividade do direito ambiental com a dificuldade de diálogo entre o direito e a ecologia, conforme propõe Ost, já que enquanto o primeiro está fundado na segurança jurídica e na previsibilidade, o segundo está imbricado de relações complexas e em constante mutação. Assim, ou o direito ambiental é elaborado por juristas e não consegue abranger a mutabilidade da natureza, ou é obra de cientistas, sendo renegado pelos juristas pela tecnicidade de seus termos e sua constante mutabilidade. Um diálogo entre os dois campos está bem distante de ser atingido, pois “a juridicização da ecologia é ainda embrionária; quanto à ecologização do direito, incompleta e frequentemente desnaturada, ela engendra inúmeros efeitos perversos: instabilidade, hipertecnicidade e ineficácia da norma são alguns indícios”⁹.

O mesmo autor ainda ressalta a problemática multiplicidade de leis ambientais, as quais são demasiadamente depressa modificadas, gerando o desconhecimento da norma, a sua má aplicação, a falta de coerência no sistema e a insegurança jurídica. Tal qual em matéria monetária, a multiplicação do signo leva a sua desvalorização: o “pan-juridicismo” (invasão de determinado campo pela multiplicidade legislativa) conduz a um “não-direito”, em que as regras passam a ter caráter instrumental, sendo aplicadas quando convirem e na medida em

⁷AZEVEDO, Plauto Faraco. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. 2. ed. Rev, at, amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. *in passim*. p. 148 -149.

⁸KRELL, Adreas J. **Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 89 e ss. (Grifo no original).

⁹OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Piaget, 1995. p. 119.

que convivem. Assim, o direito ambiental acaba se tornando um instrumento na mão dos julgadores, muito mais que um utensílio de proteção ambiental¹⁰.

Em uma outra perspectiva, quanto ao modelo hermenêutico adotado, não basta um mero esverdeamento legislativo se a racionalidade dominante não for completamente refundada. Para uma revolução científica no campo do direito ambiental, não bastam meras adequações e ajustamentos nas suas bases, mas é primordial que os próprios alicerces do sistema vigente sejam questionados, apontando-se suas falhas.

A inefetividade do direito ambiental está ligada justamente a tentativa de aplicar-se a lógica hegemônica no campo interpretativo para um novo paradigma ambiental, responsável por modificações profundas nos alicerces do sistema jurídico. Não basta, destarte, a mera introdução do ambiental no campo jurídico; é imprescindível a formatação de uma nova ótica, de uma nova racionalidade. Nas palavras de Streck, falhasena tentativa de ver o novo com os olhos do velho.

Já em um viés sociológico, é possível relacionar a inefetividade do direito ambiental com o conceito de irresponsabilidade organizada proposto por Beck. Trata-se da institucionalização e sistematização de um estado de invisibilidade dos riscos. A irresponsabilidade organizada ocorre tanto por meio da legalização das contaminações como também pela não imputabilidade das ameaças. Gera-se, assim, a omissão institucionalizada dos riscos ambientais, promovendo a sua multiplicação¹¹.

Em síntese, são muitos os sinais de uma ineficácia do direito ambiental: a multiplicidade de suas regras, gerando desconhecimento e incoerência no sistema jurídico; a reiteração da degradação ambiental mesmo após a edição de leis ambientais; a impunidade no que tange à responsabilização por danos ambientais; a constante subordinação da legislação ambiental a interesses econômicos imediatistas; e uma visão hermenêutica individualista e formalista.

A inefetividade do direito ambiental elencada acima tem consequências espúrias para a realidade ambiental, face ao agravamento da grave crise civilizacional enfrentada. É o que passa a ser analisado no tópico seguinte.

¹⁰OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995. p. 124-5, 128.

¹¹BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

2.1 A AGONIA PLANETÁRIA

É inegável que vive-se um momento de crise profunda em diversos aspectos da vida contemporânea. Não se trata de uma crise isolada que possa ser solucionada com modificações pontuais em determinados setores. Trata-se, na verdade, de uma crise profunda e multifacetada diretamente vinculada com nosso modelo de sociedade e desenvolvimento.

Assim, sendo a crise ambiental complexa e inter-relacionada com uma crise muito mais ampla e vinculada aos setores econômico, social, cultural e financeiro, embora o objeto do presente capítulo seja demonstrar a inefetividade do direito ambiental, será analisada de forma mais ampla a crise civilizacional.

Morin, responsável pelo termo “agonia planetária”, divide a presente crise entre problemas de primeira evidência e problemas de segunda evidência (que seriam aqueles mais dificilmente visíveis). No primeiro bloco, são elencados: desregramento econômico mundial, caracterizada pela competição internacional pelo aumento da produtividade a qualquer preço; o desregramento demográfico mundial; a crise ecológica; e a crise do desenvolvimento¹².

Já no segundo bloco, Morin elenca os seguintes elementos: o processo contraditório de crescente balcanização e solidarização do planeta (já que o “o século XX ao mesmo tempo criou e partiu em pedaços um tecido planetário único”¹³); a crise universal do futuro, dada a perda da fé no progresso; a tragédia do desenvolvimento, que não solucionou problemas sociais, mas na realidade agravou-os, além de deteriorar culturas locais; o mal estar ou mal de civilização; a invasão pela lógica da máquina artificial, levando a uma prevalência de um pensamento mecânico e parcelar; e corrida descontrolada da tríade ciência – técnica – indústria¹⁴.

Trata-se na verdade de um momento de policrises, em que cada um de seus elementos se retroalimentam, entrelaçando-se. Assim, não seria possível destacar um único problema, mas uma verdadeira inter-solideriedade complexa entre todos os problemas. Assim, “a agonia planetária não é apenas a adição de conflitos tradicionais de todos contra todos, mais as crises de diferentes tipos, mais o surgimento de problemas novos sem solução, é um todo que se alimenta desses

¹² MORIN, E.; KERN, A. B. **Terra Pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sulinas, 2003. p. 65 e ss.

¹³ *Ibidem*. p. 72.

¹⁴ *Ibidem*. p. 71.

ingredientes conflituosos, críticos, problemáticos, os engloba, os ultrapassa e torna a alimentá-los”¹⁵.

Parte-se a seguir para análise de problemas pontuais da presente crise civilizacional com base em dados científicos recentes.

Estudos científicos recentes estão demonstrando que não é mais possível ignorar tal crise ambiental, pois suas consequências serão desastrosas e irreversíveis. As Organizações das Nações Unidas – ONU estabeleceram o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, ou IPCC, que objetiva avaliar as informações técnico-científicas sobre as mudanças climáticas, bem como sobre seus impactos potenciais e as formas de mitigação e adaptação. Segundo o relatório elaborado em fevereiro de 2007, é inequívoco o aquecimento global, sendo a atuação humana a sua causa (com 90% de certeza científica). Estima-se que até 2100 ter-se-á um aumento de até 6,4°C na temperatura do planeta, caso seja mantido o atual ritmo de crescimento¹⁶.

O aquecimento global enseja o derretimento das calotas polares (que, aliás, constituem grande parte das reservas de água doce do planeta), levando ao aumento do nível do mar e a inundação das cidades litorâneas. Ainda, o aquecimento global aumenta a aridez de determinadas áreas, acelerando o processo de desertificação. Também a saúde humana seria afetada, multiplicando-se os surtos de doenças como malária, dengue e leptospirose. Importante salientar que os países mais atingidos certamente seriam os países mais pobres do planeta (África e América Latina), aumentando as desigualdades mundiais. Mesmo as atividades econômicas não ficarão ilesas: estima-se redução nas áreas cultiváveis de diversos grãos no Brasil, como é o caso do arroz (redução de 41%) e do café (redução de 92%)¹⁷.

As repercussões das mudanças climáticas tendem a ser mais graves para os seres humanos conforme estes se encontrem em maior situação de vulnerabilidade, habitando países em desenvolvimento. A situação configura uma evidente injustiça, já que a contribuição per capita das emissões de CO₂ pelos países desenvolvidos é muito maior que os países desenvolvidos: enquanto os EUA contribuem com 4951kg

¹⁵ MORIN, E.; KERN, A. B. **Terra Pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sulinas, 2003. p. 98.

¹⁶ IPCC. **Climatechange 2007**: Synthesis Report. Geneva, 2007. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/en/contents.html>. Acesso em: 17 jun. 2012. Até o fechamento deste trabalho, tratava-se do relatório mais recente, muito embora em 2013 tenha sido lançado um novo relatório.

¹⁷ NUNES, Luci H. Mudanças climáticas: impactos físicos e socioeconômicos. *In: Plenarium: desafios do clima*, Brasília, n. 5, ano V, p. 66-82, out. 2008.

em C/capita/ano, o mundo de forma geral contribui com apenas 857 em C/capita/ano¹⁸.

Ademais, a situação em países subdesenvolvidos é mais tensa, já que “neles se concentram os fenômenos da ruptura ambiental da era pré-industrial e, ainda, os da era industrial, em ligação com a expansão do binômio sobrepopulação/subdesenvolvimento e com a industrialização em curso”¹⁹. Assim, deflorestação e desertificação aparecem nesses países ao lado da industrialização agrícola e da urbanização desordenada.

O Brasil ocupa a 6 posição dentre os países que mais contribuem para o efeito estufa, o que causa uma certa preocupação. Conforme dados do governo federal, o Brasil vem apresentando uma crescente diminuição na emissão de gases de efeito estufa: uma queda de 38,7% de emissão de CO₂ entre 2005 e 2010, em grande parte devido à redução nas estimativas governamentais do desmatamento (cujo conteúdo é contestável, conforme será visto a seguir), a qual reduziu as contribuições no setor mudança no uso do solo²⁰.

Chama atenção, no entanto, que as estimativas referentes a todos os outros setores (energia, agropecuária, processos industriais e tratamento de resíduos sólidos) aumentaram significativamente. O crescimento mais alarmante é na agropecuária, que obteve um aumento de 23,8% de emissões entre 1995 e 2005 e de 5,2% entre 2005 e 2010, graças ao aumento na criação de gado (lembrando que o Brasil tem hoje o maior rebanho de bovinos para comercialização do mundo).²¹

Quanto ao desmatamento, é grande discrepância entre os dados governamentais (que indicam uma queda de 38,7% do desmatamento da Amazônia Legal²²) e os dados produzidos pela organização não governamental Imazom. A ONG emitiu relatório em que observa um desmatamento acumulado no período de agosto de 2012 a dezembro de 2012 de 1.288 quilômetros quadrados, o que representa um aumento de

¹⁸DELEAGE, Jean Paul. **História da ecologia**: uma ciência do homem e da natureza. Dom Quixote: Lisboa, 1993. p. 235

¹⁹Ibidem, p. 237 e ss.

²⁰MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. **Estimativas anuais de emissões de gases de efeito estufa no Brasil**. Brasília: SEPED, 2013. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0226/226591.pdf> Acesso em: 23 jul. 2012.

²¹Ibidem.

²²INPE. **Desmatamento na Amazônia Legal**: variação relativa. 2013. Disponível em: <<http://www.obt.inpe.br/prodes/index.php>> Acesso em: 23 jul. 2013.

127% em relação ao período anterior (agosto de 2011 a dezembro de 2011) quando o desmatamento somou 568 quilômetros quadrados.²³

Ainda que se considerem os dados mais otimistas do governo federal, continua-se com uma taxa de desmatamento anual da Amazônia de mais de 5000 quilômetros quadrados por ano. Isso significa um deflorestamento bruto acumulado da Amazônia Legal de 20% da área florestal original da Amazônia ou 750 000 Km²²⁴.

Quanto a outros biomas brasileiros, as taxas de área desmatada em relação à área original ocupada são assustadoras: 88% da Mata Atlântica, 49% do Cerrado e 54% da Caatinga. Ressalta-se a grande importância dos dois primeiros biomas para a manutenção da biodiversidade²⁵.

A biodiversidade é uma grande preocupação, pois alerta a União Internacional de Conservação da Natureza (IUCN) sobre o sério risco de destruição da biodiversidade, já que 70% das espécies de corais marinhos mundiais estão extintos ou sob sério risco de extinção. Em relação aos animais mamíferos, tal taxa é de 25%²⁶.

Em relação à disponibilidade de água doce, relatório organizado pela ONU afirma que 80% da população mundial vive em áreas com graves ameaças à segurança hídrica, sendo que a mais grave categoria de ameaça afeta 3,4 bilhões de pessoas, quase todas nos países em desenvolvimento²⁷. No Brasil, as áreas enquadradas no conceito de desertificação estão no semi-árido nordestino, cuja extensão é de aproximadamente 858.000 km², onde vivem 18,5 milhões de pessoas²⁸.

Em relação a saneamento básico, a situação também é alarmante, já que 2,6 bilhões de pessoas no mundo ainda não têm acesso a saneamento básico²⁹. Já no Brasil, 80% dos moradores em área urbana e

²³MARTINS, H. et al. **Boletim Transparência Florestal da Amazônia Legal (dezembro de 2012)** Belém: Imazon, 2012. Disponível em: <<http://www.imazon.org.br/publicacoes/transparencia-florestal/transparencia-florestal-amazonia-legal/boletim-do-desmatamento-sad-dezembro-de-2012>>. Acesso em: 23 de jul. 2013.

²⁴IBGE. **Indicadores de desenvolvimento sustentável**. Brasília: IBGE, 2012. p. 54.

²⁵ Ibidem. p. 58.

²⁶IUCN. **Whyisbiodiversity in crisis?** Disponível em: <http://www.iucn.org/what/tpas/biodiversity/about/biodiversity_crisis/>. Acesso em: 18 out. 2012.

²⁷PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **Resumo para os formuladores de políticas**. Disponível em: <http://www.pnuma.org.br/admin/publicacoes/texto/GEO5_RESUMO_FORMULADOR_ES_POLITICAS.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2013.

²⁸PNUMA. **Geobrasil 2002**. Brasília: Ibama, 2002. p. 65.

²⁹Ibidem.

somente 25% da área rural têm acesso a rede geral de esgotamento sanitário ou fossa séptica. De todo o esgoto coletado, apenas 61,6% é tratado³⁰.

Os dados referentes a resíduos sólidos urbanos (RSU) no Brasil são outro ponto alarmante³¹. Em 2008, foram coletadas 183.481,50 toneladas por dia de RSU, o que equivale a 1,1 kg/hab.dia³². A taxa de cobertura da coleta regular de resíduos sólidos vem aumentando continuamente, alcançando em 2009 quase 90%. No entanto, em áreas rurais, tal índice não atinge 33%. Outra grande preocupação referente aos resíduos sólidos é a destinação final: quase 20% dos municípios brasileiros ainda utiliza vazadores a céu aberto (lixão) e quase 20% em aterros controlados, o que significa 74 mil toneladas por dia de resíduos e rejeitos sendo dispostos de forma inadequada, gerando um alto risco de contaminação ambiental do solo³³.

Em relação à fome no mundo, cerca de 870 milhões de pessoas, ou uma em cada oito, sofriam de subnutrição crônica no período 2010-2012, de acordo com relatório da ONU sobre a fome. A subnutrição infantil é uma das maiores causas de mortalidade infantil, levando a óbito mais de 2,5 milhões de crianças por ano³⁴.

Em território pátrio, observa-se uma considerável melhora nos padrões sociais nos últimos anos. Ainda assim, alguns dados são preocupantes. Quanto à habitação, apenas 60,9% dos domicílios particulares permanentes são adequados para moradia. A habitação em lugares protegidos por sua importância ambiental é um importante fator para verificar essa adequação, relacionando direito ambiental e urbanístico³⁵.

³⁰IBGE. Op. cit. p. 114.

³¹Há grande contradição no que tange aos dados referentes a RSU. Adotamos os dados fornecidos no Diagnóstico da Situação Atual de Resíduos Sólidos no Brasil existente no Plano Nacional de Resíduos Sólidos, elaborado pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) e pelo Instituto de Pesquisas Econômicas (IPEA). O Plano encontra-se disponível em: <http://www.sinir.gov.br/documents/10180/12308/PNRS_Revisao_Decreto_280812.pdf/e183f0e7-5255-4544-b9fd-15fc779a3657>. Acesso em: 19 jul. 2013.

³²MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos**. Brasília: MMA, 2012. Disponível em: <http://www.sinir.gov.br/documents/10180/12308/PNRS_Revisao_Decreto_280812.pdf/e183f0e7-5255-4544-b9fd-15fc779a3657>. Acesso em: 19 jul. 2013. p. 11.

³³MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Gestão do lixo**. MMA. Informação online. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/meio-ambiente/gestao-do-lixo>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

³⁴FAO. **Quase 870 milhões de pessoas no mundo estão subnutridas – Novo Relatório sobre a fome**. Disponível em: <<https://www.fao.org.br/q870mpmesnrsf.asp>> Acesso em: 16 jun. 2013.

³⁵IBGE. **Indicadores de desenvolvimento sustentável**. Brasília: IBGE, 2012. p. 210.

A concentração de renda é também preocupante, ao verificarmos que embora a riqueza mundial tenha aumentado, também se concentrou mais nas mãos de pequenos grupos. Afirmo Fernandes Jr.:

Os beneficiados que estão entre os 20% mais ricos da população mundial respondiam por 86% do consumo total, enquanto restava aos 20% mais pobres mirrado 1,3%, informa um estudo de 1998 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud). De acordo com o relatório de 2006 do Banco Mundial, o consumo de um cidadão de Luxemburgo é 62 vezes superior ao de um habitante da Nigéria. Do total da riqueza produzida no mundo, 80% fica com 1 bilhão de pessoas que vivem nos países ricos, enquanto 5 bilhões de pessoas, quase todas em países pobres, dividem o restante, afirma o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a desigualdade, publicado em agosto³⁶.

No Brasil, a desigualdade é marcante, como demonstra o indicador Gini de desigualdade. O índice varia de 1 a 0, sendo que quanto mais baixo, mais desigual o país. O índice no Brasil é de 0,524, demonstrando uma preocupante concentração de renda³⁷. As desigualdades no Brasil podem ser analisadas também por uma perspectiva de gêneros: enquanto o rendimento médio mensal real entre os homens é de cerca de R\$ 1300,00 (mil e trezentos reais), dentre as mulheres é de pouco mais que R\$ 800 (oitocentos reais)³⁸. Há desigualdade também entre grupos étnicos: enquanto o rendimento médio entre brancos é de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), entre negros/pardos é de apenas R\$ 800,00 (oitocentos reais)³⁹.

³⁶FERNANDES JR, Ottoni. Estudos do Banco Mundial e da ONU mostram que, apesar dos esforços, piorou a distribuição da riqueza em escala global e aumentou o abismo que separa os países ricos dos pobres. **Desafios do desenvolvimento**, Brasília, ano 2, ed. nov. 2005. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=954:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso em: 16 jun. 2013.

³⁷OCDE. **Estatísticas**. Disponível em: <<http://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=21760>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

³⁸IBGE. **Indicadores de desenvolvimento sustentável**. Brasília: IBGE, 2012. p. 156.

³⁹IBGE. **Indicadores de desenvolvimento sustentável**. Brasília: IBGE, 2012. p. 157.

Em relação à estrutura fundiária, os dados demonstram uma grande concentração de terras no país: em 2002, 52,9% dos estabelecimentos agropecuários, com área inferior a 10 ha, abrangem tão somente 2,7% da área total; enquanto 0,9% dos estabelecimentos agropecuários, com área superior a 1000 ha, ocupam 43,7% da área total. O fato é fruto de nossa estrutura econômica baseada em produção de *comodities* em grandes propriedades, mantendo um modelo que foi implantado nos primórdios coloniais. Trata-se de prática extremamente danosa para o meio ambiente, dada a utilização do solo até o esgotamento e a dependência de fertilizantes e agrotóxicos⁴⁰.

A economia vivencia ainda uma das suas maiores crises, com a estagnação do crescimento do PIB e aumento do desemprego. Dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) demonstram que a taxa de desemprego nos países da Europa já chega a 12%, aumentando anualmente. Em alguns países a situação é extrema, com taxas que beiram os 30%: Espanha, Grécia e Portugal. As taxas de variação do PIB são também preocupantes: na Eurozona, houve uma queda de 0,6% do crescimento. A situação é mais alarmante ainda em países como Portugal (queda de 3,2%), Itália (queda de 2,4%) e Grécia (queda de 6,4%)⁴¹.

Verifica-se que a crise vivenciada é complexa e multifacetada, representando um intrincado desafio para os operadores do Direito, que deverão, por meio da legislação ambiental, lhe oferecer respostas. A crise ambiental acaba apresentando um duplo escopo em relação a legislação: ao mesmo tempo em que novas regras jurídicas passam a abordar a temática, esse momento vivenciado também passa a influir na aplicação e interpretação do direito. Passa-se a analisar em seguida o modo como o ordenamento jurídico passou a lidar com a temática.

2.2 O ESVERDEAMENTO NORMATIVO

O objeto do presente tópico não se restringe às regras ambientais em sentido estrito e dogmático, mas abrange ainda, em uma visão mais ampla, os princípios ambientais e a formatação do Estado de Direito Ambiental. Isso porque a análise isolada das leis positivadas nos forneceria um horizonte muito restrito para a análise do direito, fenômeno complexo e em constante mutação.

⁴⁰PNUMA. **Geobrasil 2002**. Brasília: Ibama, 2002. p. 54.

⁴¹OCDE. **Estatísticas**. Disponível em: <<http://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=21760>>.

Acesso em: 10 jun. 2013.

Internacionalmente, a positivação do direito ambiental está diretamente relacionada com a deflagração da crise ambiental na década de cinquenta, caracterizada principalmente pela percepção da inconsistência entre o desenvolvimento desenfreado da atividade econômica e a garantia da sadia qualidade de vida. Tal crise ambiental será global, multifacetária e ensejará riscos de toda ordem e natureza, conforme salienta Benjamin⁴².

Em 1972, é realizada a primeira convenção internacional que tratou do ambiente de forma sistemática, chamada de Conferência de Estocolmo, em que é assinada uma Declaração sobre o Meio Ambiente⁴³. A Conferência gerou uma preocupação mundial com a degradação da biosfera, demonstrando uma preocupação de diversos países com as questões ambientais.

Por meio do estabelecimento da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1985, a ONU confere ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) a tarefa de esboçar e enquadrar políticas públicas em matéria ambiental. Sob a presidência da primeira ministra britânica Gro H. Brundtland, é apresentado em 1987 o Relatório Brundtland⁴⁴, analisando problemas e soluções para as questões ambientais. O principal mérito do relatório foi estabelecer o conceito de desenvolvimento sustentável, como aquele que assegura as necessidades da presente geração sem prejudicar as da próxima⁴⁵. Trata-se, no entanto, de um documento político, que tem por objetivo conciliar interesses divergentes em torno da questão ambiental (por exemplo, de países desenvolvidos e de países subdesenvolvidos; de ambientalistas e de indústrias). Daí tratar-se de um documento contraditório, ao colocar o crescimento ao mesmo tempo como problema e solução da crise ambiental.

Vinte anos após Estocolmo, em 1992, é realizada a Conferência do Rio de Janeiro – ECO 92, em que são elaboradas as Convenções sobre Clima e sobre Biodiversidade, a Declaração sobre meio ambiente

⁴² BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57-130, 61.

⁴³ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano**. Estocolmo: [S.n.], 1972. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

⁴⁴ COMISSAO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1988.

⁴⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 73.

e desenvolvimento e a Agenda 21. Para Condesso, os principais resultados da Conferência foram o reconhecimento da globalização dos problemas ambientais e da necessidade de uma atuação conjunta dos países e a identificação das causas da degradação ambiental como sendo a urbanização e industrialização nos países desenvolvidos e a pobreza nos países subdesenvolvidos.⁴⁶ Para o autor, no entanto, houve um grande fracasso no que tange a estipulação de compromissos concretos. Isso porque as declarações e agendas elaboradas estão desprovidas de conteúdo obrigacional (*soft law*), muito embora possam servir de inspiração para a legislação nacional ou futuros acordos internacionais⁴⁷.

A Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento⁴⁸ reafirma alguns dos princípios estabelecidos em Estocolmo, intencionando, contudo, ir além de tais princípios. Trata-se de uma declaração de diversos princípios éticos, cujo objetivo é influenciar a tomada de decisões internamente nos países signatários (não produz obrigações concretas). Para Oliveira, o conjunto de princípios nela dispostos tem por objetivo a consagração da proteção de interesses intergeracionais garantindo-se, contudo, o desenvolvimento dos países emergentes⁴⁹. Um ponto de destaque na Declaração é a superação do embate Leste-Oeste que caracterizava o período anterior à queda do muro de Berlim, configurando uma nova divisão norte-sul, caracterizada principalmente pela preocupação com o combate a pobreza⁵⁰.

A Agenda 21⁵¹ foi assinada por representantes de 170 países, representando, segundo Lanfredi, “um esforço para construir, de maneira participativa, um plano de ação que leve os países e seus municípios a adotar, gradualmente, um modelo de desenvolvimento sustentável”⁵². O autor ressalta ainda que não se trata de um processo cristalizado, mas sim de um modelo contínuo e permanente, dinâmico.

⁴⁶ CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 226.

⁴⁷ FIGUEIREDO, Guilherme Purvin. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

⁴⁸ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: [S.n.], 1992.

⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Santos. **Direito ambiental internacional: o papel da *soft law* em sua efetivação**. Ijuí: Unijuí, 2007. p. 149.

⁵⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: São Paulo, 2003. p. 60-62.

⁵¹ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 21**. Rio de Janeiro: ONU, 1992.

Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/aagenda21.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

⁵² LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 72.

A Convenção Quadro sobre Mudanças do Clima⁵³ recebeu em 1997 um importante protocolo assinado em Quioto, instituindo a relação de gases do efeito estufa e mecanismos e obrigações individuais dos países para sua redução.

Cabe lembrar que, como evidencia Mirra, as declarações internacionais de Estocolmo em 1972 e do Rio de Janeiro em 1992 não possuem imperatividade para os países que as adotaram, não sendo mandatórias e nem possuindo coercibilidade⁵⁴.

Todavia, salienta o autor que, ainda assim, exercem forte influência na evolução, interpretação e aplicação do direito dos países signatários. Inicialmente, porque o país voluntariamente participa da Organização Internacional prolatora, submetendo-se por iniciativa própria a suas diretrizes. Ainda, as declarações internacionais funcionam para demonstrar que determinado valor é reconhecido por uma sociedade como digno de valor, sendo este o passo inicial de formulação de uma norma jurídica.

Na tentativa de realizar um balanço do cumprimento da Agenda 21, é realizado em 2002 em Joanesburgo uma nova Conferência (chamada de Rio +10). Foram elaborados na ocasião o Plano de Implementação, que tem como base os resultados conseguidos desde a Rio-92, e a Declaração Política, reafirmando compromissos na área ambiental. Não houve a assunção de novos compromissos, e nem novos princípios: tratou-se meramente de um balanço da evolução da questão ambiental. Para Lago, essa análise acabou sendo extremamente pessimista, dada a dificuldade de implementação da Agenda:

Apesar de enriquecimento do arcabouço jurídico negociado no âmbito das Nações Unidas com conseqüências diretas ou indiretas sobre o desenvolvimento sustentável, a dificuldade de implementação dos compromissos era inegável. O descompasso entre a disposição dos governos de negociar e a vontade política de assumir os desafios criou na opinião pública um distanciamento que se justificaria na medida em

⁵³ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção quadro sobre mudança do clima**. Rio de Janeiro: ONU, 1992. Disponível em:

<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2014.

⁵⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 706, p. 07-29, 1994.

que os principais atores manifestavam ceticismo nos meses que antecederam a Cúpula⁵⁵.

Em sentido semelhante, a revista “The Ecologist Brasil” trouxe no segundo semestre de 2002 uma edição especial intitulada “Rio +10: porque estamos falhando?”⁵⁶. As reportagens analisam os motivos da constante degradação ambiental e dentre eles é salientada a manutenção de um modelo para a economia pernicioso, o neoliberalismo. Para Goldsmith, o motivo da não-solução da crise é a recusa na percepção de que a solução é a própria raiz do problema: as falsas utopias do progresso e da ciência⁵⁷.

Assim, Joanesburgo passa a ser referência para a frustração e insucesso das políticas públicas para conter a grave crise ambiental. Em contraposição, a Conferência teve o grande mérito de fortalecer parcerias entre governos, sociedade civil, organizações não-governamentais e setor privado, aumentando a participação de todos para a construção do desenvolvimento sustentável⁵⁸.

Em 2012, é realizada a Conferência Rio +20, sendo assinada a declaração “O Futuro que queremos”⁵⁹. São poucas as inovações da declaração, que consiste basicamente em uma reafirmação dos termos das declarações passadas. As principais novidades foram a afirmação da economia verde como solução e a ênfase na necessidade do combate a pobreza.

Não há nenhuma definição do que seria a economia verde, apenas noções gerais de como ela poderia ser efetivada e sua indicação como uma possível solução para alcançar o desenvolvimento sustentável. As bases da economia verde são colocadas sobre termos também amplos,

⁵⁵ LAGO, André Aranha Correa. **Estocolmo, Rio e Joanesburgo**: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Instituto Rio Branco, Fundação Alexandre de Gusmão, 2006. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0356.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2013. p. 87.

⁵⁶ LAGO, André Aranha Correa. **Estocolmo, Rio e Joanesburgo**: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Instituto Rio Branco, Fundação Alexandre de Gusmão, 2006. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0356.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2013. p. 87.

⁵⁷ THE ECOLOGIST BRASIL. Rio +10: porque estamos falhando?, [S.l.], n. 5, 2002.

⁵⁸ GOLDSMITH, Edward. Como podemos sobreviver? **The ecologist Brasil**. Rio +10: porque estamos falhando?, [S.l.], n. 5, p. 21-23, inverno 2002. p. 21.

⁵⁹ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **The future we want**. Rio de Janeiro: ONU, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.uncsd2012.org/content/documents/727The%20Future%20We%20Want%2019%20June%201230pm.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

como consumo e produção sustentáveis, a partir do art. 58 da Declaração.

O desenvolvimento sustentável que foi estabelecido pela Rio +20 mantém as bases da economia tradicional, apenas colorindo-a de verde. Não há uma mudança substancial no padrão capitalista dominante desde a Revolução Industrial: o progresso continua sendo identificado com o aumento da produtividade; a tecnologia continua a ser vista como panaceia; as preocupações sociais restringem-se ao campo da solidariedade, e não com uma efetiva redistribuição de capital.

Alguns grupos sociais têm encarado a Rio +20 como um imenso retrocesso. Não parece ser esse o caso: a declaração final reafirma diversos princípios de outros documentos com a mesma preocupação inicial. O problema maior é justamente a manutenção de um modelo que tem se demonstrado falho há anos, qual seja, a economia capitalista desenvolvimentista proposta desde o Relatório Brundtland.

Um dos grandes avanços apresentados pela Conferência foi a afirmação do princípio da não regressão. Reconhecendo a ineficácia das declarações passadas e imputando as múltiplas crises ocorridas como causas, afirma a Declaração ser essencial que os países não voltem atrás nos compromissos assinados nas Conferências passadas (art. 20: “[...] é essencial que não demos marcha atrás em nosso compromisso com os resultados da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento”)⁶⁰.

Em todas as Conferências Internacionais sobre meio ambiente, o Brasil apresentou uma postura de protagonismo, principalmente por fatores internos como a riqueza de recursos naturais e a preocupação com temas como desenvolvimento e combate à pobreza. Para o Governo, tal protagonismo é encarado como uma oportunidade de inclusão definitiva do país nas relações internacionais mundiais no âmbito da ONU, fortalecendo sua diplomacia⁶¹. No entanto, essa é uma postura que conflita frontalmente com a postura de descaso governamental com o direito ambiental interno, que passa por um

⁶⁰ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **The future we want**. Rio de Janeiro: ONU, jun. 2012. Disponível em:

<<http://www.uncsd2012.org/content/documents/727The%20Future%20We%20Want%2019%20June%201230pm.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2014. “it is critical that we do not backtrack from our commitment to the outcome of the Earth Summit”. (Tradução livre).

⁶¹ LAGO, André Aranha Correa. **Estocolmo, Rio e Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Instituto Rio Branco, Fundação Alexandre de Gusmão, 2006. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0356.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2013. p. 225-226.

processo de retrocesso inaceitável, o qual será analisado adiante. Ou seja, a postura brasileira de defesa ambiental no âmbito internacional é totalmente incompatível com a flexibilização ambiental internamente.

As Conferências Internacionais de 1972, 1992 e 2012 foram as principais na temática ambiental, tratando o meio ambiente como um todo. No entanto, o direito ambiental internacional conta com muitas outras fontes normativas tratando de temas específicos. Trindade ressaltava que, ainda em 1993, havia mais de 300 tratados multilaterais e cerca de 900 tratados bilaterais dispendo sobre a proteção e conservação da biosfera⁶². Ressaltam-se os seguintes: Tratado da Antártica (Washington, 1959) e seu Protocolo adicional (Madri, 1991), Convenção Relativa à proteção do Patrimônio Cultural (Paris, 1977), Convenção de Viena para Proteção da Camada de Ozônio (1985) Convenção sobre Comércio Internacional de espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (Washington, 1993), Convenção da Basileia sobre resíduos sólidos (1989), Convenção de Roterdã sobre aplicação de pesticidas e produtos químicos (1999), Convenção para o Combate a Desertificação (1994, Nova Iorque), dentre muitos outros⁶³.

Ressalta-se também a estreita vinculação entre a proteção ambiental e a proteção dos direitos humanos, já que a primeira transcende a preocupação com recursos naturais e afeta diretamente a saúde e dignidade humana. Daí a essencialidade da análise conjunta das cartas internacionais de proteção ambiental e dos documentos de direitos humanos⁶⁴.

2.2.1 A positivação do direito ambiental no Brasil

É possível distinguir o direito ambiental positivo brasileiro em três fases bem distintas. A primeira delas é a proteção de recursos naturais por seu valor econômico, em um viés individualista e antropocêntrico: trata-se da fase econômica do direito ambiental. Já em uma segunda fase, o direito ambiental surge e se consolida através da atribuição de valor intrínseco ao meio ambiente, atribuindo-se normatividade aos princípios ambientais. Os marcos legislativos desse período é a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA) e a Constituição de 1988. Por fim, já na última década, acompanha-se um

⁶² SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: São Paulo, 2003. p. 60-62.

⁶³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 40.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 24 e ss.

momento de flexibilização do direito ambiental por meio de leis que retrocedem a proteção adquirida.

A positivação do direito ambiental no Brasil diferencia-se daquela no âmbito internacional, pois já era realizada desde nossos primórdios coloniais, dada a importância econômica dos recursos naturais em território pátrio. Assim, a legislação portuguesa em matéria ambiental protegia alguns bens não renováveis (escassos em Portugal, como minérios) e a madeira, importante produto da pauta de exportação brasileira⁶⁵.

Tal positivação era feita de forma desordenada, protegendo-se bens ambientais específicos. Nesse período, a legislação ambiental não tinha por objetivo a proteção do meio ambiente como bem em si, mas sim assegurar certos recursos naturais específicos tidos como essenciais para a economia. São alguns exemplos de normas ambientais desse momento as regras do Código Penal que puniam o corte ilegal de madeira e do Código Civil referentes a direitos de vizinhança⁶⁶.

Mirra sintetiza a evolução do direito ambiental brasileiro com a seguinte constatação:

No Brasil, como de resto na maioria dos países, as normas jurídicas que no seu conjunto formam o Direito do Meio Ambiente se encontram dispersas em inúmeros textos legais, os quais apresentam conteúdo variado também. Tal situação pode ser explicada pela circunstância de que esses diplomas legislativos foram surgindo paulatinamente ao longo dos anos, na medida em que evoluía a própria concepção de proteção do meio ambiente, inicialmente voltada à conservação isolada de certos elementos da natureza (florestas, flora em geral, fauna, águas e solo), depois dirigida à preservação dos

⁶⁵ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e meio ambiente: uma proposta de hermenêutica jurídica ambiental para efetivação do Estado de Direito Ambiental**. 2009. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) –Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2007.

⁶⁶ Outros exemplos podem ser citados, como o antigo Código Florestal (Decreto-lei 23.793 de 34), o Código de Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ainda em vigor (Decreto-lei 25 de 1937), o Decreto 24.645 de 1934, que vedava os maus tratos a animais, o Código de Águas (Dec. 24.643), ainda em vigor, o Código de Pesca (Decreto -lei 794 de 1938), substituído pelo vigente (Decreto-lei 221 de 67), a Política Nacional do Saneamento Básico (Decreto-lei 248) e a criação do Conselho Nacional de Poluição Ambiental pelo Decreto-lei 303.

ecossistemas (por intermédio da criação de parques e reservas e do combate à poluição nas mais variadas formas), e finalmente preocupada com o meio ambiente globalmente considerado⁶⁷.

Influenciados pela Conferência de Estocolmo, a década de oitenta foi, sem sombra de dúvida, o auge da positivação do direito ambiental brasileiro, em que, finalmente, o bem ambiental é protegido de forma abrangente, abarcando diversos de seus aspectos. Em 1981, houve a promulgação da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA, Lei n. 6.938 de 1981) e em 1985, a Lei da Ação Civil Pública, que possibilitou a judicialização de questões ambientais (LACP, Lei n. 7.347 de 1985). É nessa década que é promulgado o ápice do direito ambiental brasileiro: a Constituição Federal, que será analisada em um tópico adiante.

São importantes legislações ambientais no Brasil: Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/99), Lei de Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n. 9795/99), a Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei n. 9985/00), a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/05), a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/97) e a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/10).

Cabe lembrar que há um enorme volume de leis ambientais, já que a competência legislativa em matéria ambiental é concorrente entre União e Estados, além da participação dos municípios em temas de interesse local. Para análise detalhada de tais leis, um importante referencial é o anexo IV (compilação da legislação) do relatório Geobrasil, organizado pelo PNUMA⁶⁸.

Hoje, o direito ambiental brasileiro é formado por uma pluralidade de leis, o que pode causar dificuldade em sua aplicação. Todavia, é imprescindível que todas as normas ambientais sejam interpretadas como um sistema interligado fundamentado nas normas constitucionais, haja vista a supremacia da Constituição em nosso ordenamento. Ainda, sendo a Carta Magna a positivação de valores e princípios fundamentais, é preciso que esta seja vista como um filtro axiológico para aplicação das normas infraconstitucionais ambientais.

⁶⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 706, p. 07-29, 1994.

⁶⁸ PNUMA. **Geobrasil 2002**. Brasília: Ibama, 2002.

Uma última importante consideração a ser feita diz respeito à divisão do direito ambiental em gerações, proposta por Canotilho⁶⁹. Em um primeiro momento histórico, busca-se apenas controlar as formas de poluição e evitar a escassez de recursos naturais. Assim, as normas possuiriam um forte caráter antropocêntrico.

Já na segunda geração de direito ambiental, mediante as graves ameaças de mudanças climáticas, o meio ambiente passa a ser protegido por seu valor intrínseco, independente do benefício direto que possa ter ao ser humano. Trata-se de assegurar não apenas o bem estar humano, como também a própria sobrevivência do homem. Ainda, nessa nova fase, passa a ter grande influência a solidariedade entre gerações, garantindo-se às futuras gerações o direito ao ambiente equilibrado. Por fim, novos institutos surgem em benefício do meio ambiente, como é o caso do princípio de mínimo existencial ecológico e da proibição de retrocesso ambiental.

Embora não se trate de gerações excludentes, convivendo ambas em um ordenamento jurídico, pode-se dizer que a legislação brasileira já atingiu a segunda geração de proteção ambiental no que tange a positivação de normas, em vista da proteção constitucional dos direitos das futuras gerações e da valorização da natureza como um valor intrínseco.

2.2.1.1 A constitucionalização do direito ambiental

A constitucionalização do direito ao meio ambiente foi, indubitavelmente, uma evolução sem precedentes para o direito ambiental brasileiro, pois, conforme salienta Silva, “as Constituições Brasileiras anteriores a 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural”⁷⁰.

Trata-se da instituição de um novo paradigma, superando o individualismo e instituindo um espírito de solidariedade e cooperação, como salienta Herman Benjamin, que sintetiza o fenômeno da ecologização das Constituições ao redor do mundo, com ênfase no direito brasileiro:

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 46.

Coube à Constituição – do Brasil, mas também de muitos outros países – repreender e retificar o velho paradigma civilístico, substituindo-o, em boa hora, por outro mais sensível à saúde das pessoas (enxergadas coletivamente), às expectativas das futuras gerações, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos a longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como aos benefícios tangíveis e intangíveis do seu uso limitado (e até não-uso). O universo dessas novas ordens constitucionais, afastando-se das estruturas normativas do passado recente, não ignora nem despreza a natureza, nem é a ela hostil.

Muito ao contrário, na Constituição, inicia-se uma jornada fora do comum, que permite propor, defender e edificar uma nova ordem pública, como será visto adiante, centrada na valorização da responsabilidade de todos para com as verdadeiras bases da vida, a Terra⁷¹.

Cabe salientar que, ainda que o direito ao meio ambiente equilibrado goze de um capítulo próprio na Constituição, este é apenas o ápice de todo um sistema jurídico que se encontra difuso na Constituição, o qual busca assegurar e viabilizar a proteção ambiental através de diversos dispositivos em seu texto (função social da propriedade, ação civil pública, direito à saúde, proteção de biomas frágeis...).

O constituinte de 1988 utilizou-se de diversos mecanismos de proteção ambiental, formando um feixe complexo de direitos materiais e instrumentos que visam efetivar a garantia a um meio ambiente equilibrado, como forma indispensável ao direito a uma vida com dignidade⁷².

Para Benjamin, “vê-se facilmente que o legislador inclinou-se por um desenho constitucional pluriinstrumental, rico em possibilidades

⁷¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57-130. p. 66.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

dogmáticas e práticas, embora heterogêneo na perspectiva de seu real valor no plano da eficácia. (sic)⁷³.

O direito ao meio ambiente encontra-se disposto no artigo 225 da CF. Mirra⁷⁴ ressalta tratar-se de um direito fundamental da pessoa humana, indispensável à efetivação da vida com saúde e dignidade, fator de transformação social. Assim, é considerado pelo autor um direito de terceira geração fundado na solidariedade.

Bello Filho salienta ainda que a fundamentalidade do direito prescrito no artigo 225 emana de sua estreita ligação com princípios fundamentais do Estado brasileiro, sejam eles explícitos (cidadania, dignidade, soberania...) ou implícitos (igualdade, liberdade, anterioridade) na carta constitucional⁷⁵.

Seguindo essa linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por ocasião do julgamento do MS 22.164, ser o meio ambiente um direito metaindividual de terceira geração, que consagra o princípio da solidariedade. Ainda, concluiu que é um direito indisponível e inexorável⁷⁶.

Trata-se de um direito fundamental exercível tanto como uma defesa (proibindo intervenções estatais indevidas na plena realização desse direito), como um direito prestacional, exigindo do poder público uma atuação positiva. Nessa última acepção, o direito fundamental ao meio ambiente ainda se subdivide em direitos sociais, direito a organização e procedimento e direito a proteção contra ameaças e perigos. As funções de defesa e prestacional inter-relacionam-se, configurando um novo papel estatal⁷⁷.

Instrumentalizando o direito ambiental, também previu a Constituição Federal (CF) diversos mecanismos de tutela jurisdicional, de forma a tornar também o Poder Judiciário responsável pela proteção ambiental. São eles: mandado de segurança coletivo (LXX), ação popular (art. 5, LXXII), ação civil pública (art. 129, III) e controle de

⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman.op. cit. p. 82.

⁷⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 706, p. 07-29, 1994.

⁷⁵ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**.2006. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.p. 42-43

⁷⁶ BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. MS 22.164, Brasília, DF, j. 30.out.1995, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 24 set. 2013.

⁷⁷ AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 160 e ss.

constitucionalidade. Trata-se de mecanismos imprescindíveis, pois a Constituição configuraria letra morta caso o cidadão não tivesse a possibilidade de judicialmente questionar seus direitos.

Visando a integralidade e a efetividade da proteção ambiental, além de estabelecer o direito ao meio ambiente como um direito fundamental, a Carta Magna ainda estabeleceu deveres fundamentais, a serem cumpridos tanto ao Poder Público (assim entendido os três poderes da República) e a coletividade (composta pelas associações e fundações ambientais, indivíduos e organizações da sociedade civil de interesse público), conforme salienta Machado⁷⁸.

Conforme salienta Bello Filho, a norma fundamental prevista no artigo 225 deve ser entendida tanto em uma visão subjetiva e em uma visão objetiva⁷⁹. Falar em direito subjetivo ao meio ambiente quer dizer afirmar uma posição jurídica do indivíduo que tem direito a algo e pode exigir judicialmente o seu cumprimento, gerando os mais diversos efeitos, como proibir condutas estatais lesivas do Estado e obrigar o Estado a proteger o meio ambiente.

Já o direito ambiental em uma visão objetiva, significa um feixe de deveres que são impostos aos particulares para proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo por base os princípios da cooperação e da solidariedade.

Como salienta Benjamin, “além de ditar o que o Estado não deve fazer (=dever negativo) ou o que lhe cabe empreender (=dever positivo), a norma constitucional estende seus tentáculos a todos os cidadãos, parceiros do pacto democrático, convencida de que só assim chegará à sustentabilidade ecológica”⁸⁰.

Assim, o cidadão sai de uma posição de mero espectador da proteção ambiental para ser corresponsável por sua concretização, em um compromisso de solidariedade não apenas com o meio ambiente e outros seres humanos, mas também com as futuras gerações, dentro da ideia de uma ética de responsabilidade.

Por derradeiro, quanto à constitucionalização do direito ambiental, cabe a menção a um modelo constitucional revolucionário no que tange à proteção ambiental no direito comparado. Trata-se da Constituição do Equador, que destina um capítulo inteiro aos “derechos delbienvivir” e outro ao “regimendelbienvivir”. São outros direitos

⁷⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113.

⁷⁹ BELLO FILHO, Ney de Barros. op. cit. p. 75.

⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. op. cit. p. 113.

destacados da constituição equatoriana: a natureza (ou *pacha mama*) é colocada como sujeito de direito (art.71); vedação de utilização de agrotóxicos contaminantes e de organismos geneticamente modificados prejudiciais à saúde (art.15); previsão expressa do princípio *in dubio pro natura* (art. 395, 4); previsão expressa da responsabilidade objetiva e solidária por danos ambientais (396); proteção de bens específicos, como água, solo e biodiversidade⁸¹.

Para Gudynas, a Constituição equatoriana representa um giro ecocêntrico sem precedentes, eis que ao invés de incluir o direito ambiental como um direito fundamental de 3 geração, propugna por uma natureza como sujeito de direitos. Esse giro apresenta três componentes: ético, moral e político⁸².

Especificamente quanto ao conceito de “*buenvivir*”, representa um novo paradigma de sociedade. Baseia-se na noção indígena de “*sumakkawsay*”, ou vida plena, um conceito eminentemente coletivo, relacionado a uma cosmovisão do mundo e que tem por objetivo chegar a um estado de harmonia com a comunidade e com o cosmos⁸³. Assim, não se baseia em conceitos eminentemente ocidentais como progresso e desenvolvimento, mas uma somatória de práticas ancestrais baseadas em uma nova lógica ecológica, econômica e política, baseada na cosmologia. Ainda, o Equador estabeleceu um Plano relacionado ao *buenvivir*, apresentado meras e indicadores, representando um primeiro passo para a consolidação da proposta⁸⁴.

Trata-se de uma interessante proposta de regulação do meio ambiente, eis que baseada primordialmente em elementos latino-americanos.

⁸¹ ECUADOR. **Constitución del Ecuador**. Quito: [S.n.], 2010. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2014.

⁸² GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. **Revista de Estudios Sociales** [On-line], Colombia, n. 32, p. 34-46, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81511766003>> Acesso em: 31 jan. 2014.

⁸³ Maiores informações podem ser obtidas no seguinte endereço eletrônico: ECUADOR. GOBIERNO NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. **Plan nacional para el buen vivir**. 2014. Disponível em: <<http://plan.senplades.gob.ec/web/guest>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

⁸⁴ SALVE, SamanthaDotto. **La superación del paradigma del desarrollo: convergencias y divergencias entre el postdesarrollo, el Buen Vivir y el decrecimiento**. 2012. 67 f. Monografía (Especialização) - Curso de Máster En Cooperacion Internacional Descentralizada, Universidad del Pais Vasco, Bilbao, 2012. p. 32 e ss.

2.2.1.2 O retrocesso ambiental

Conforme visto até agora, o direito ambiental brasileiro é digno de elogios, dada sua amplitude, complexidade e profundidade. Trata-se de uma das legislações mais avançadas na temática, assegurando tanto direitos como deveres, preocupada tanto com o bem estar humano das presentes e futuras gerações como com o valor intrínseco atribuído à natureza.

No entanto, nos últimos anos o direito ambiental brasileiro tem acompanhado fortes tendências retrocessivas, por meio da prolação de leis que, muito embora denominadas ambientais, fazem prevalecer interesses econômicos.

Para Ayala, é possível afirmar que o retrocesso ocorre sempre que a nova norma enseje um grau de efetividade de um direito menor que aquele já alcançado anteriormente. Ainda, com base nos comentários gerais n. 3 do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, sociais e civis, estabelece Ayala quatro formas de identificar normas retrocessivas: políticas incompatíveis; revogação de normas indispensáveis para a proteção do mínimo; redução de níveis já atingidos; e redução deliberada de gastos⁸⁵.

O maior retrocesso no direito ambiental brasileiro é, sem dúvida alguma, referente à proteção florestal. O antigo Código Florestal, Lei n. 4771/65 estabelecia um sistema protetivo formado por reservas legais e áreas de preservação permanente que assegurava tanto a preservação de um mínimo de vegetação por propriedades como a proteção de locais frágeis (beira de cursos d'água, topo de morro e encostas). Tais proteções sempre foram vistas pelos produtores agrícolas como antieconômicas, supostamente impedindo o progresso da agropecuária no Brasil. Em um viés individualista e antropocêntrico, a propriedade rural deveria ter sua utilização econômica maximizada, mesmo que em detrimento de sua função socioambiental. Trata-se, na realidade, de um pensamento que externaliza os custos (ambientais) e internaliza os benefícios (o aumento no lucro). Figueiredo lembra ainda que tal pensamento, baseado no tripé latifúndio-escravidão-desmatamento, persiste desde nossos primórdios econômicos, sendo a razão das

⁸⁵ AYALA, Patryck. Ensaio sobre o estado de retrocesso ambiental: é possível não retroceder na ordem jurídica brasileira? In: CHACON, Mario Peña. op. cit.. p. 286.

mazelas e injustiças no Brasil. Ainda, seria um modelo baseado no exercício abusivo do direito de propriedade⁸⁶.

Assim, é aprovado em 2012 o Novo Código Florestal (Lei n. 12.651)⁸⁷, diminuindo as áreas protegidas, estabelecendo formas de compensação, excluindo a obrigação de alguns setores (como p.ex. abastecimento de água), possibilitando o reflorestamento com plantas exóticas e ainda concedendo anistia a desmatadores. O Código é parcialmente contestado no Supremo Tribunal Federal por meio das ações de inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902 e 4903 interpostas em 2012 pelo Ministério Público Federal.

Ainda no que tange à proteção florestal, outro grande exemplo de legislação retrocessiva é o Código Ambiental Catarinense (Lei n. 14.675/09), objeto da ADI 4252-1 perante o STF. A legislação catarinense diminui a níveis ínfimos a proteção em áreas consideradas como especialmente protegidas pelo Código Florestal (ainda que se tome por base o Novo Código Florestal), permitindo a realização de atividades proibidas pelas normas federais. Também possibilita a manutenção do desmatamento em “áreas consolidadas”.

Outro forte retrocesso na legislação ambiental foi a Lei Complementar 140/10, que, a título de regulamentar as competências em matéria ambiental, reduziu a atuação dos entes federativos, vinculando competência fiscalizatória com competência para licenciamento e ainda retirando a competência subsidiária do Ibama. Ainda que se reconheça o mérito da referida lei de sistematizar a temática, a restrição aos poderes fiscalizatórios dos entes federados diminui a proteção ambiental.

Relacionado à temática ambiental, é possível elencar também a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 215⁸⁸, relativa à demarcação de terras indígenas. São os povos indígenas importantes protetores naturais do meio ambiente, dado seu modo de vida (desde a

⁸⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Prefácio. In SILVA, Solange Teles; CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Marcia Diegues (coord). **Código florestal: desafios e perspectivas**. São Paulo: Fiuza, 2010.

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 12651, de 25 de janeiro de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 25 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm> Acesso em: 28 jan. 2014.

⁸⁸ BRASIL. PEC nº 215, de 2000. Projeto de Emenda Constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

subsistência até a sua espiritualidade) estritamente vinculado à natureza. A PEC propõe que a demarcação passe a ser feita pelo Legislativo, e não mais pelo Executivo, por meio da Fundação Nacional do Índio (Funai), submetendo-a a interesses econômicos de grupos como a bancada ruralista. Trata-se de um retrocesso, pois a demarcação de terras deixará de ser um procedimento técnico administrativo realizado com base em estudos antropológicos e sociológicos e passará a ser uma decisão política, a ser tomada conforme a maioria parlamentar entenda conveniente. Cabe ressaltar ainda que direitos fundamentais, como o são a proteção da identidade indígena e o direito ao meio ambiente, são direitos contramajoritários, que não devem jamais ser submetidos à vontade política da maioria.

Outro Projeto de Lei em andamento que propõe profundos retrocessos é o PL 5807/2013, que altera o Código de Mineração, abrandando as limitações ambientais para a realização da atividade mineradora. Dentre muitos pontos controversos, a novel legislação deixa de tratar acerca da responsabilização de mineradoras pela poluição em cursos d'água e sobre a consulta a populações afetadas. O relator do projeto de lei chegou a afirmar que questões socioambientais deveriam ser deixadas para a legislação específica, já que se trata de um “projeto técnico”⁸⁹.

Ayala lembra ainda a Lei de Biossegurança, a qual propõe uma “estrutura de decisão que não assegura a aquisição do conhecimento científico disponível para viabilizar boas escolhas”⁹⁰. Para Ayala, o sistema brasileiro carece de uma avaliação sobre os próprios processos tecnológicos, priorizando uma análise sobre o produto. Ademais, a estrutura de decisão proposta privilegia a produção unilateral de conhecimento científico e a valorização de posicionamentos majoritários. Por fim, referida lei deixa de aplicar o princípio da precaução⁹¹.

Todos os retrocessos mencionados acima são referentes a medidas legislativas. No entanto, esse mesmo retrocesso é patente em toda a estrutura de governo atual, através de medidas executivas,

⁸⁹ ISA. **Relator do novo marco da mineração não pretende atender reivindicações dos movimentos sociais**. 07 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/relator-sinaliza-que-nao-pretende-atender-reivindica%C3%A7oes-dos-movimentos-sociais-em-novo-marco-da-mineracao>>. Acesso em: 05 out. 2013.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 292.

⁹¹ AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 306 e ss.

principalmente através do programa governamental Plano de Aceleração do Crescimento (PAC). Como o próprio nome deixa claro, o Plano almeja simplesmente crescimento econômico, estando desvinculado de preocupações socioambientais. No campo energético, inclui propostas de construção de uma série de hidrelétricas na Amazônia Legal, promovendo desmatamento e insegurança hídrica. Dentre elas, ressalta-se a polêmica construção de Belo Monte, violadora de direitos ambientais, indígenas e sociais, a qual foi inclusive objeto de denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Outros exemplos de medidas retrocessivas no campo administrativo são: diminuição de dotação orçamentária de gastos em órgãos ambientais; enfraquecimento do Instituto Chico Mendes de Proteção a Biodiversidade⁹²; e a resolução 457/2013 do Conama, que diminui a proteção contra o tráfico de animais silvestres, através da concessão de Termos de Depósito e de Guarda de Animais Silvestres (TDAS E TGAS).

Quanto ao Poder Judiciário, cabe afirmar que as decisões judiciais em matéria ambiental têm sido extremamente contraditórias entre diversos tribunais e até entre seções de um mesmo tribunal, dificultando a afirmação da existência de um retrocesso. É o caso, por exemplo, da queima da palha da cana de açúcar, atividade extremamente lesiva ao meio ambiente, permitida pela 1ª. Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e vedada pela 2ª. seção do mesmo Tribunal⁹³. O mesmo ocorre com o Supremo Tribunal Federal (STF): ainda que reconheça a fundamentalidade do direito ao meio ambiente⁹⁴, manteve a construção de Belo Monte⁹⁵ e permitiu a mineração em áreas de preservação permanente⁹⁶.

A legislação ambiental inaugurou um novo paradigma em todo o Direito, modificando profundamente as bases do sistema jurídico. Assim, de um viés individualista e antropocêntrico, passa-se a normas

⁹² AYALA, Patryck. Ensaio sobre o estado de retrocesso ambiental: é possível não retroceder na ordem jurídica brasileira? *In*: CHACON, Mario Peña. op. cit.. p. 292.

⁹³ NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **A efetivação dos princípios ambientais no Judiciário: análise jurisprudencial da questão da queima da palha da cana de açúcar**. 2011. 150 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Unesp, Franca, 2011.

⁹⁴ BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. ADI 3450, j. 25.jul.2005, Rel. Min. Nelson Jobim.

⁹⁵ BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Rec 14.404/DF, j.

25.ago.2012, Rel. Min. Ayres Brito. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rc114404.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

⁹⁶ AYALA, Patryck. Ensaio sobre o estado de retrocesso ambiental: é possível não retroceder na ordem jurídica brasileira? *In*: CHACON, Mario Peña. op. cit. p. 260.

vinculadas à solidariedade, reconhecendo-se a imprescindibilidade da proteção ambiental. Essa profunda modificação parece não ter sido inteiramente absorvida pelo Poder Judiciário, que continua aplicando as regras ambientais com base em uma visão extremamente inadequada.

Os juízes e tribunais brasileiros, com poucas exceções, não assimilaram ainda o novo paradigma ambiental. Daí as regras positivas de direito ambiental serem aplicadas de forma confusa e desordenada, frequentemente violando os princípios de direito ambiental. A questão está intimamente relacionada a uma posição hermenêutica do julgador, que precisa passar por uma sensibilização ecológica para lidar com o direito ambiental.

No próximo capítulo, será realizada uma análise sobre a jurisprudência na área ambiental do STJ. Por ora, resta dizer que a atuação do Judiciário na aplicação do direito ambiental tem ocorrido de forma extremamente desordenada, sendo raros os casos de entendimento pacífico. Ademais, mesmo após mais de 30 anos da LPNMA, prevalece o paradigma economicista e individualista nas decisões judiciais. Sequer é possível falar em um retrocesso judiciário na área ambiental, pois nunca houve um verdadeiro progresso. Com poucas exceções de decisões ambientais elogiáveis, o Judiciário ainda se mantém na fase econômica do direito ambiental.

2.2.2 O Estado de Direito Ambiental

Analisado o processo de introdução do meio ambiente no direito, será visto no presente tópico como a questão ambiental ingressa na formulação teórica do Estado.

Com a superação teórica do Estado Liberal de Direito em sua forma clássica e o advento do Estado do Bem Estar Social, houve o redimensionamento da importância dos direitos fundamentais, enfatizando sua concepção multifuncional. Destarte, dado o contexto de crise ambiental, o modelo de Estado clássico não foi capaz de oferecer à sociedade uma solução condizente à proporção da degradação ambiental e da desigualdade social, criando uma crise de paradigmas entre os objetivos propostos pela Constituição Federal e a real efetivação dos direitos constitucionais⁹⁷. Neste sentido, ressalta Belchior:

⁹⁷ LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar Jamundá. Estado de direito ambiental no Brasil. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada Kishi; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Ines Virginia. **Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005.

O que, de fato, marca a passagem para o Estado de Direito Ambiental é a crise ambiental que ora se enfrenta devido ao processo da civilização hodierna, vinculado à globalização, ao desenvolvimento em todas as esferas e à sociedade de risco. Se não existir um meio ambiente sadio, não há vida. Não há como argumentar diferente. O meio ambiente tem um peso importante, o que acaba trazendo conseqüências para o Estado e para o Direito⁹⁸.

Assim, Leite⁹⁹ afirma que a caracterização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como fundamental, os impactos ambientais cada vez maiores oriundos de uma sociedade de risco, e a Ecologização do Direito demandam uma transformação emergencial do papel do Estado.

Visando solucionar essa crise, é proposta a ideia de um Estado de Direito Ambiental, definido por Leite como

um conceito de cunho teórico abstrato que abarca elementos jurídicos, sociais e políticos na busca de uma situação ambiental favorável à plena satisfação da dignidade humana e harmonia dos ecossistemas. Assim, é preciso que fique claro que as normas jurídicas são apenas uma faceta do complexo de realidades que se relacionam com a ideia de Estado de Direito Ambiental¹⁰⁰.

Afirma Bianchi¹⁰¹ que o alicerce do Estado Ambiental é a própria dignidade humana e a proteção da natureza que a envolve, propondo a

⁹⁸ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e meio ambiente: uma proposta de hermenêutica jurídica ambiental para efetivação do Estado de Direito Ambiental**. 2009. 241. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Direito, Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2007. p. 96.

⁹⁹ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

¹⁰⁰ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 131-204. 153.

¹⁰¹ BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **A (in)Eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. 2007. 513 f. Tese (Doutorado em Estado, Direito e Sociedade) – Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 18.

concretização da solidariedade econômica e social, visando sempre à sustentabilidade, à igualdade substancial entre os cidadãos e à utilização racional dos recursos naturais.

Trata-se de um conceito de difícil concretização, em vista da constatação de que os recursos minerais são finitos e incompatíveis com a evolução econômica da sociedade.

O Estado de Direito Ambiental não pode ser construído com base em um paradigma liberal do Estado, mas sim em um viés intervencionista e planificador ancorado no direito econômico, fundado em equidade intergeracional e nas ideias do desenvolvimento duradouro. Trata-se, evidentemente, de uma mudança substancial e profunda, rompendo com as bases do pensamento jurídico tradicional. Ainda, é uma mudança nos fins do direito, que deixa de ser apenas a proteção da propriedade e o desenvolvimento econômico.

Alguns autores preferem utilizar a expressão Estado Socioambiental, como é o caso de Sarlet e Fensterseifer, os quais ressaltam que essa nova forma de Estado agrega em um mesmo contexto as conquistas do Estado Liberal e do Estado Social, bem como as novas exigências ambientais¹⁰².

Klopfner, que prefere a denominação Estado Ambiental, afirma se tratar de um modelo estatal em que o meio ambiente passa a ser tarefa, critério e meta procedimental do Estado¹⁰³.

Canotilho ressalta que para sua configuração, é indispensável a fusão entre um Estado de direito, um Estado democrático, um Estado social e um Estado ambiental.

Assim, sendo o Estado de Direito Ambiental um Estado Social, verifica-se que são exigíveis do Estado ações positivas, no sentido de controlar as atividades poluidoras, conservar o meio ambiente degradado e fomentar a educação ambiental. No Brasil, é o caso da exigência constitucional de realização de licenciamento antecipado de Estudo de Impacto Ambiental. Também são instrumentos de ação estatal aqueles estabelecidos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, art. 4º, principalmente zoneamento ambiental e educação ambiental.

Ainda, este Estado Ambiental precisa ser democrático. Precisa possuir meios de participação popular no Estado, formando uma gestão

¹⁰²SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 46

¹⁰³KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal de Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46.

participativa que estimulará o exercício da cidadania. Isso porque os deveres em matéria ambiental não foram impostos somente ao Estado, como também a “todos”, cabendo a cada um de nós a obrigação de construir um Estado de Direito Ambiental.

Por fim, o Estado de Direito Ambiental é também um Estado de Direito. Daí, se mostra essencial a configuração de instrumentos de tutela jurisdicional ambiental, tais como a ação civil pública e a ação popular, que cristalizam as garantias constitucionais do devido processo legal e do amplo acesso a justiça.

Para Bianchi, dentro desse novo Estado, é essencial a evolução de uma cidadania formal para uma cidadania participativa e, finalmente, uma cidadania ambiental, voltada para a concretização da proteção ambiental, construindo-se uma sociedade mais democrática e assegurando a dignidade de vida a seus componentes¹⁰⁴.

Todavia, o modelo que possuímos é apenas um “esboço precário quanto ao modelo a ser seguido”, sendo que “uma consecução do Estado de Direito Ambiental só será possível a partir da tomada de consciência global da crise ambiental, em face das exigências, sob pena de esgotamento irreversível dos recursos ambientais, de uma cidadania moderna e participativa”¹⁰⁵.

A constitucionalização do direito ambiental representou um grande avanço na construção de um Estado de Direito Ambiental. Embora necessário, esse avanço não foi suficiente, sendo imprescindível ainda a reformulação em diversos outros campos, como a reconstrução do conceito de propriedade, revisão do sistema de mercado e construção de uma cidadania participativa, de forma a construir uma sociedade solidária e responsável, em que Estado e sociedade estejam unidos na preservação do meio ambiente.

Para Ayala, a Constituição de um Estado Ambiental representa um consenso sobre importantes valores sociais a serem protegidos: a vida, a vida das futuras gerações e a existência duradoura de todas as formas de vida. No entanto, um Estado Ambiental deve contar também com a colaboração de forças sociais, formando uma “relação na qual, de um lado estejam instituições ecologicamente sensíveis e, de outro, forças sociais ecologicamente responsáveis.” Assim, com base na

¹⁰⁴BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **A (in)eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. 2007. 513 f. Tese (Doutorado em Estado, Direito e Sociedade) – Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 19.

¹⁰⁵LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32, 39.

verificação de um retrocesso ambiental (visto no tópico acima), Ayala chega a afirmar que vivencia-se no Brasil um Estado de Retrocesso Ambiental. Em suas palavras,

Se por um lado a ordem jurídica brasileira expõe abertamente sua aptidão para proteger as condições indispensáveis para a existência duradoura da vida, sob todas as suas formas, cada um dos compromissos que foram fixados pela Constituição e perante a sociedade internacional, tem encontrado cenário que, pelo elevado grau de violações seria capaz de propor uma transformação da imagem de Estado que tem guiado as ações públicas e privadas. No lugar de um Estado ambiental que precisa ser capaz de concretizar seus compromissos com o desenvolvimento da vida, as decisões e escolhas realizadas pelas funções públicas tem obstado tal processo de concretização por meio de consequências que melhor definiriam e identificariam a imagem de um Estado de retrocesso ambiental¹⁰⁶.

Concluindo, afirma Ayala que o cenário que hoje se vivencia é a existência de direitos muito poderosos, mas tribunais e instituições que ainda precisam adaptar sua capacidade de promover mudanças substanciais nas políticas ambientais e em projetos coletivos de vida¹⁰⁷.

Assim, concretizar um Estado de Direito Ambiental significa assegurar que os Tribunais fortaleçam o direito ambiental, mediante sua aplicação sistêmica e reiterada, concretizando os valores constitucionalmente assegurados. Daí a importância de uma visão hermenêutica mais adequada aos anseios ecológicos, como a que propomos aqui. Apenas teremos um Estado de Direito Ambiental com tribunais fortalecidos e que compreendam a norma ambiental, assegurando-lhe eficácia e garantindo proteção aos valores constitucionalmente protegidos.

¹⁰⁶ AYALA, Patryck. op. cit. p. 293.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 295.

2.2.3 Princípios materiais do direito ambiental

A boa compreensão dos princípios ambientais é requisito fundamental para compreensão de todo o sistema de defesa do meio ambiente. Isso porque os princípios representam a base, o alicerce do ordenamento jurídico. Para Canotilho, os princípios seriam normas jurídicas de otimização, que permitiriam o balanceamento de valores e interesses de acordo com o peso de outros valores eventualmente conflitantes, tornando-se, assim, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos¹⁰⁸. O mesmo autor ressalta as três funções essenciais exercidas pelos princípios: integração e harmonização do sistema jurídico, aplicação ao caso concreto e fundamentação para a atividade legislativa.

Para Mello, constituem os princípios alicerce do sistema jurídico e verdadeiros mandados nucleares, irradiando sobre diferentes normas e dando-lhes um critério para sua compreensão harmônica e lógica¹⁰⁹. Logo, a distinção entre princípios e regras estaria relacionada ao conteúdo: enquanto os primeiros estão vinculados a finalidades e valores essenciais de um Estado (decisões políticas fundamentais), as últimas representam a concretização de tais valores no direito positivo. Ainda, em um sistema jurídico os princípios possuem proeminência em sua implicação, face à fundamentalidade de seu conteúdo.

Mais adiante no presente trabalho, será analisado o chamado neoconstitucionalismo, corrente teórica contemporânea do direito que defende a normatividade dos princípios com base nas modificações ocorridas nos Estados Constitucionais. Por ocasião dessa análise, será ressaltado que há grande confusão doutrinária quando à definição dos princípios, sendo imprescindível para análise dos mesmos uma clara escolha da definição adotada.

Adota-se aqui a noção de princípio ligada à fundamentalidade do preceito e sua vinculação com a proteção dos direitos fundamentais. Assim, “princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema”, a base para toda a construção jurídica, seja ela legislativa, executiva ou judiciária¹¹⁰. Não é adotado o modelo de princípio ponderacionista, de

¹⁰⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina. p. 1034, 1035.

¹⁰⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 68.

¹¹⁰SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003. Muito

Alexy¹¹¹ (em que princípios são mandados de otimização e regras atuam na dualidade “tudo-nada”), e nem o modelo de Dworkin (princípios são aqueles referentes a direitos individuais, enquanto políticas são referentes a objetivos coletivos e regras, identificáveis conforme regras de reconhecimento)¹¹². A distinção é fundamental visando evitar-se um possível sincretismo metodológico: a adoção de diferentes teorias contraditórias entre si¹¹³.

Em nível introdutório ainda, é possível classificar os princípios entre materiais e instrumentais. Os primeiros estão relacionados a direitos fundamentais do cidadão e objetivos estatais, como forma de assegurar a dignidade humana, cumprindo as finalidades do Estado. Todavia, dado o grau de abstração dos princípios e sua forte carga axiológica, é possível que ocorra entre dois ou mais princípios uma colisão no caso concreto. Daí a imprescindibilidade de princípios instrumentais do direito, ou metaprincípios: seriam aqueles responsáveis por solucionar um conflito entre dois ou mais princípios materiais. Muito embora todos os princípios tenham uma forte carga instrumental para interpretação legislativa, nos metaprincípios essa é a finalidade precípua.

Quanto aos princípios materiais, serão analisados, brevemente, os chamados princípios estruturantes, ou seja, aqueles que são princípios constitutivos do núcleo essencial do direito do ambiente. São eles: poluidor-pagador, responsabilização, participação, prevenção e precaução. O objetivo da análise de tais princípios é guardarem estreita relação com a construção de um Estado de Direito Ambiental, contribuindo para a efetivação da justiça ambiental.

Tal classificação é proposta por Leite, que salienta ainda a importância de tais princípios para o direito ambiental:

Dadas as exigências do Estado de justiça ambiental, não há como fugir de alicerça-lo com base nos princípios de Direito Ambiental, indispensáveis à sua construção. Com o auxílio dos princípios estruturantes, procura-se revelar

embora Silva não adote esse entendimento, é estabelecido no artigo a análise da doutrina brasileira nesse sentido.

¹¹¹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo (SP): Malheiros, 2008..

¹¹²DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹³SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003.

uma base comum e sistêmica à formação de uma justiça ambiental¹¹⁴.

O princípio da participação indica a necessidade da participação popular visando à conservação do meio ambiente. A sociedade em geral deixa de ser mera beneficiária da proteção ambiental para se tornar responsável pela proteção ao meio ambiente. Elucidativo o ensinamento de Derani, acerca de tal conceito: “O que há de mais vibrante neste texto constitucional é o reconhecimento da indissolubilidade do Estado e a sociedade civil. Sua realização envolve a ação e abstenção de ambos, dentro de um processo comunicativo”¹¹⁵.

A participação concretiza-se através do envolvimento da sociedade em políticas públicas ambientais, influência na formulação das leis e participação via acesso ao Judiciário. Tal princípio integra ainda o direito à informação, já que somente com conhecimento das ações públicas referentes ao meio ambiente é possível participar de tais ações.

Salienta-se ainda que a participação só poderá ser considerada realmente eficaz quando for acompanhada de educação ambiental, pois somente essa é capaz de conscientizar acerca da importância da participação popular. Para Carvalho, a educação ambiental deve ser transformadora, assim entendida como aquela formadora de um sujeito ecológico, consubstanciada em valores éticos e tendo por base a diversidade cultural, que tenha por meta a identificação e problematização de problemas ambientais, solucionando-os¹¹⁶.

Partindo para a análise de outro princípio, a importância do princípio da responsabilização emana da necessidade de reparação do dano ambiental. Nas situações em que a prevenção/precaução não forem suficientes para evitar o dano ambiental, o agente poluidor deverá ser responsabilizado por lesões ao meio ambiente. Para Leite, “não há Estado Democrático de Direito se não é oferecida a possibilidade de aplicar toda espécie de sanção àquele que ameace ou lese o meio

¹¹⁴ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 159.

¹¹⁵ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 226-227.

¹¹⁶ CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Educação ambiental crítica: nomes e endereçamento da educação. In: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Identidades da educação ambiental brasileira**. Brasília: MMA, 2004. p. 29.

ambiente”¹¹⁷. A responsabilização no direito ambiental deve ser integral, ocorrendo nas esferas cível, penal e criminal e buscando, sempre que possível, a recomposição do dano. Ainda, deve incluir tanto o dano patrimonial como o extrapatrimonial.

A responsabilização está ligada ao princípio do poluidor-pagador, embora com este não se confunda. O princípio do poluidor-pagador visa, ao mesmo tempo, a prevenção de danos ambientais e a redistribuição dos custos da poluição, internalizando os custos externos da poluição¹¹⁸. Não está vinculado imediatamente à reparação do dano e não confere ao poluidor o direito de poluir. Aliás, o pagamento resultante da poluição não exime o poluidor de responsabilização por eventuais danos ambientais. Para Prieur, são manifestações desse princípio: taxação da poluição, imposição de normas, criação de mecanismos de compensação e a abolição de direitos adquiridos em matéria ambiental¹¹⁹.

Para Benjamin¹²⁰, os preços de um produto no mercado devem reproduzir os custos da prevenção de danos ambientais produzidos por tal produto (poluidor – pagador) e os custos sociais do uso e esgotamento do recurso (usuário – pagador), cabendo ao agente poluidor arcar com os custos de precaução, prevenção e reparação dos danos ambientais.

Tal princípio é chamado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Britto de compensação-compartilhamento no julgamento da ADI 3.378, julgado em 2008¹²¹. Neste julgamento, restou decidido, por maioria dos votos, que o princípio usuário-pagador representa um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. Ainda, concluiu-se que, mesmo que inexistia dano ambiental ou ilicitude na conduta, estará o empreendedor obrigado a compartilhar com as medidas de prevenção do dano. Tratava-se da análise da constitucionalidade do art. 36 da lei Nº 9.985, que instituiu a obrigação de financiamento de Unidades de

¹¹⁷LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 180.

¹¹⁸PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 3. Ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 135.

¹¹⁹PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 3. Ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 137

¹²⁰BENJAMIN, Antonio H. V. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 09, p. 35, 1998.

¹²¹BRASIL, STF. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.378 /DF, j. 09.abr.2008, Min. Rel. Carlos Britto.

Conservação pelos empreendimentos que causarem significativo impacto ambiental¹²².

Analisa-se a seguir os princípios da precaução e prevenção.

Embora a prevenção já tenha sido inserida no Brasil através da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, a precaução ingressará em nosso ordenamento somente em 1992 através da Declaração do Rio de Janeiro. O princípio da precaução apresenta duas características básicas: a incerteza científica acerca dos riscos que possam vir a ser provocados pela ação do poluidor e a gravidade do risco e do dano que possa vir a ocorrer.

Cabe salientar que as medidas tomadas através do princípio da precaução devem ser proporcionais à perspectiva de dano. Tal necessidade é trazida por Aragão, que salienta que a aplicação de tal princípio traz, imanente a si, um conflito entre a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico, devendo haver limites quanto à invocação do princípio e a adequação da medida¹²³.

O princípio já apresenta reconhecimento jurisprudencial. No julgamento do REsp 972.902, a relatora Ministra Eliana Calmon afirmou que o princípio da precaução preceitua “que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza”, ensejando a inversão do ônus da prova¹²⁴. O caso dizia respeito à responsabilização de determinado empreendimento por danos ambientais, tendo decidido o STJ que incumbe ao suposto empreendimento poluidor demonstrar que não causaria os danos afirmados pelo autor da ação (Ministério Público).

Já prevenir significa evitar que danos ambientais conhecidos ocorram. Só é cabível sua aplicação quando se tem certeza da extensão do dano ambiental que possa vir a ser provocado. Caso contrário, deverá ser aplicado o princípio da precaução. Conforme afirma Gomes, enquanto a prevenção obriga a proteção contra danos iminentes, a precaução relaciona-se a medidas cautelares contra o risco, cobrindo a mera possibilidade¹²⁵.

¹²²BRASIL, STF. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.378 /DF, j. 09.abr.2008, Min. Rel. Carlos Britto.

¹²³ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43.

¹²⁴BRASIL, STJ, REsp 972.902/RS. Rel. Ministra Eliana Calmon.

¹²⁵GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o `princípio da precaução`. In: _____. **Textos dispersos de direito do ambiente**. v. I. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 147.

A importância da prevenção emana do pressuposto de que muitos danos ambientais são irreparáveis. Ademais, nos casos em que o dano é passível de reparação, o custo das medidas necessárias para prevenir a poluição é inferior ao custo das medidas de reparação do dano, favorecendo medidas preventivas.

Para Prieur, são importantes instrumentos que promovem a prevenção ambiental: o estudo de impacto ambiental, a autorização prévia de atividades poluidoras e o combate protetivo das fontes de bens e recursos naturais¹²⁶, mediante uma gestão ecologicamente racional. É possível ainda adicionar a esse rol a fixação de padrões de qualidade, o zoneamento ecológico, a avaliação ambiental estratégica e a aplicação da melhor tecnologia disponível.

Além dos princípios estruturantes propostos por Leite, outros dois princípios interligados devem ser analisados, dada a sua proeminente importância para o direito ambiental. Trata-se da proteção do mínimo existencial e da vedação ao retrocesso ecológico.

As decisões ambientais precisam proteger um núcleo rígido dos direitos fundamentais, um núcleo abaixo do qual não é possível a proteção a um mínimo de existência digna. Nesse sentido, para Ayala:

É possível conceber a noção de mínimo ecológico de existência na condição de resultado que decorre da combinação do exercício da iniciativa estatal e dos particulares, objetivando assegurar a proteção de níveis de qualidade dos recursos naturais, que sejam indispensáveis para que se possa assegurar um conjunto de realidades existenciais dignas ao homem, compreendido este sob a forma de uma específica imagem de homem em um Estado de direito, que é social, democrático e ambiental¹²⁷.

Essa configuração de um mínimo existencial ecológico faz com que a proteção ambiental seja sempre progressiva, vedando-se um retrocesso ecológico. Assim, a sustentação de um mínimo ecológico veda uma ingerência imotivada e sem compensação no mínimo existencial, submetendo o Estado a uma proibição de retrocesso ecológico. Não é lícito que o quaisquer dos poderes públicos diminua a

¹²⁶ PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 3. Ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 70, 99.

¹²⁷ AYALA, Patryck. Ensaio sobre o estado de retrocesso ambiental: é possível não retroceder na ordem jurídica brasileira? In: CHACON, Mario Peña. op. cit. p. 260.

proteção ambiental imotivadamente e sem que seja oferecida uma devida compensação à proteção ambiental, sob pena de configuração de um retrocesso ecológico¹²⁸.

Ressaltando a importância do princípio, afirma Prieur: “Porque a Terra não poderá suportar mais as regressões sem se vingar [...] devemos continuar demonstrando sem descanso, o caráter criminal das regressões toleradas tanto em escala internacional como na nacional”¹²⁹.

É forçoso convir, todavia, que Prieur refuta a construção doutrinária da vedação do retrocesso com base no mínimo existencial. Para o autor francês, a proteção ambiental deve sempre ocorrer com base nos melhores níveis possíveis e sempre tendo por base a melhor tecnologia existente. Assim, a defesa de um mínimo ambiental já ensejaria aceitar uma regressão¹³⁰.

Ayala ainda relaciona a questão com os valores e objetivos do Estado ambiental: “um Estado ambiental não é capaz de favorecer níveis essenciais de qualidade do meio ambiente, senão, e no mínimo, por meio da manutenção e do não retorno nos padrões de proteção já atingidos pela ordem jurídica”¹³¹.

O princípio foi reconhecido judicialmente no Brasil pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no caso City-Lapa¹³², em que restou afirmado que reduções legislativas em níveis de proteção devem possuir “ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público”. O princípio da não-regressão é definido pelo Ministro relator como “garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.”, face à indisponibilidade do interesse público e a vedação ao abuso de direito. O caso versava sobre a possibilidade de modificação nas regras urbanísticas de forma prejudicial ao direito de paisagem, reduzindo a proteção assegurada. Foram mantidos os limites mais exigentes, ainda

¹²⁸AYALA, Patryck. **Devidoprocesso ambiental**. op. cit.

¹²⁹PRIEUR, Michel. Prólogo. In: CHACON, Mario Peña. **El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano**. San Jose: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013. p. 8. (Tradução livre). “pero la Tierra no podrá soportar más las regresiones sin vengarse. [...] debemos continuar demostrando sin descanso, el carácter criminal de las regresiones toleradas tanto en la escala internacional como en la nacional”

¹³⁰PRIEUR, Michel. Informação oral proferida em palestra denominada “O princípio da não regressão no direito ambiental”. 04 out. 2013. Florianópolis, 2013.

¹³¹AYALA, Patryck. Ensaio sobre o estado de retrocesso ambiental: é possível não retroceder na ordem jurídica brasileira? In: CHACON, Mario Peña. op. cit. p. 260.

¹³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 302.906-SP, j. 26 ago. 2010, rel. Min. Herman Benjamin.

que legislação posterior os tenha flexibilizado. Assegurou-se, assim, a proteção de um mínimo de área verde para determinado bairro.

2.2.4 Princípios instrumentais do direito ambiental

Face à abertura oferecida pelos princípios no ordenamento, que introduzem valores e finalidades no sistema jurídico, é possível que ocorram conflitos entre princípios no caso concreto. Ademais, a possibilidade de colisão intensifica-se em uma ordem constitucional plural, em que valores diversos e por vezes até divergentes são assegurados em condições de igualdade, como é o caso da Constituição Brasileira.

Exemplificando, assegura a Constituição como princípio geral da atividade econômica a propriedade privada e a livre iniciativa. Em contrapartida, também são princípios das atividades econômicas a proteção ao meio ambiente e o respeito à função social da propriedade (art. 170, incisos). Uma atividade econômica que desenvolva suas atividades regulares colocando em risco a proteção ambiental ou ainda abusando de seu direito de propriedade e violando a função social poderia alegar a proteção constitucional das atividades por meio do princípio da livre iniciativa?

Para responder a questões como essa, urge a elaboração de princípios instrumentais do direito ambiental, que estabeleçam previamente critérios de solução de colisão de princípios.

É primordial que se esclareça desde já que não será possível por meio de tais princípios obter a compreensão da norma *a priori*, eis que compreensão e aplicação são momentos indissociáveis. Em outras palavras, mesmo que os métodos interpretativos sejam elementares para aplicação do direito, deve ser afastada a crença de que eles conduzem à “verdade jurídica”, pois a aplicação da legislação relaciona-se ainda a uma série de fatores pré-compreensivos, que antecedem a aplicação dos métodos. A questão será melhor analisada nos capítulos finais.

Ainda assim, os princípios instrumentais podem estabelecer elementos hermenêuticos de grande valia para harmonização do sistema jurídico, eis que, enquanto princípios, são compostos de elementos nucleares do sistema jurídico.

São métodos clássicos de interpretação jurídica: gramatical, teleológico, histórico, sociológico e sistemático. Ao lado desses, aponta ainda a doutrina princípios instrumentais constitucionais, como: unidade constitucional, efeito integrador, máxima efetividade, força normativa

da Constituição, conformidade funcional e interpretação conforme a Constituição¹³³.

No campo específico do direito ambiental, emergem com profícua importância dois princípios basilares: a proporcionalidade e o princípio *in dubio pro natura*.

O princípio *in dubio pro natura* foi inicialmente proposto por Coelho em 1994¹³⁴. O autor diferencia, no âmbito da legislação ambiental, três planos conceituais de análise: o dogmático, considerando as leis positivas; o zetético, analisando conteúdos meta-jurídicos axiológicos e finalísticos; e o crítico, tendo por base os pressupostos ideológicos e por finalidade a libertação social. Com base no último enfoque, Coelho levanta questões econômicas relacionadas à degradação ambiental, como a globalização e o neoliberalismo¹³⁵.

O direito subjetivo a um meio ambiente é visto como um direito fundamental e relativo a um bem jurídico transcendente, pertencente à toda humanidade, que deve ser preservado por seu valor intrínseco. Assim, as leis ambientais gozam de imperatividade, ainda que no âmbito privado. Logo, a aplicação e interpretação do direito ambiental deverá ser sempre direcionada para a proteção dos direitos difusos, ou seja, a proteção ambiental. Daí a seguinte conclusão: em caso de dúvidas, a natureza deve ser protegida¹³⁶.

Ainda na doutrina, embora não faça referência expressa ao princípio, esse é o entendimento expressado por Azevedo: “Na atividade valorativa do intérprete, em matéria ambiental, há que prevalecer sempre o interesse do equilíbrio ecológico, essencial à manutenção e continuação da vida. Não pode haver dúvida quanto à diretriz hermenêutica fundamental”¹³⁷.

Ainda que com previsão doutrinária, o princípio apenas passou a gozar de notoriedade através de sua aplicação jurisprudencial pelo STJ no ano de 2010 em casos de responsabilidade por dano extrapatrimonial

¹³³HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹³⁴COELHO, Luiz Fernando. In Dúbio pro Natura. **Boletim Informativo do Instituto de Pesquisa Jurídica BONIJURIS**, ano VI, n. 207, out. 1994.

¹³⁵COELHO, Luiz Fernando. Dogmática, Zetética e Crítica do direito ambiental. **Revista de Ciência Jurídica e Social da Unipar**, Umuarama, v. 11, n. 1, p. 285-310, jan./jun. 2008.

¹³⁶COELHO, Luiz Fernando. Dogmática, Zetética e Crítica do direito ambiental. **Revista de Ciência Jurídica e Social da Unipar**, Umuarama, v. 11, n. 1, p. 285-310, jan./jun. 2008.

¹³⁷AZEVEDO, Plauto Faraco. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. 2. ed. Rev., at, amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 132.

ambiental, seguindo-se diversos julgados no mesmo sentido, os quais serão analisados no próximo capítulo¹³⁸.

Ao contrário da construção doutrinária do princípio, que parte da análise da realidade econômica, a construção jurisprudencial do *in dubio pro natura* está fundada na análise do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que dispõe que a aplicação da lei deverá atender os fins sociais a que se destina e às exigências do bem comum. Assim, em casos de dúvida na aplicação da lei ambiental deve prevalecer a norma mais favorável ao ambiente.

Ademais, sendo a legislação ambiental um sistema protetivo de sujeitos vulneráveis e de interesses difusos, torna-se primordial que sua interpretação seja favorável da melhor forma possível a tais sujeitos, viabilizando a eficácia da *ratioessendi* da legislação.

O Ministro relator das decisões ressalta, citando Lorenzetti, ser o juiz responsável, no momento da aplicação da lei ambiental, por assegurar a efetividade das garantias constitucionais, sendo vedadas interpretações que aceitem como legítimas condutas que cumpram o comando legal apenas de forma aparente ou parcial¹³⁹.

São ressaltados ainda aspectos elementares do direito ambiental. Um deles é seu caráter multifacetado, incluindo elementos éticos, ecológicos e patrimoniais, o que faz emergir um renovado regime de responsabilidade civil, “mais rigoroso na perspectiva dos violadores da norma e mais comprometido com a sorte dos prejudicados”.

¹³⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp1.180.078/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 02 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000209126&dt_publicacao=28/02/2012> Acesso em: 31 out. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.145.083/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 27 set. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901152629&dt_publicacao=04/09/2012> Acesso em: 31 out. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.198.727/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 14 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001113499&dt_publicacao=09/05/2013> Acesso em: 31 out. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.328.753/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 28 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=+1328753&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>> Acesso em: 31 out. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.367.923/RJ, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 27 ago. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100864536&dt_publicacao=06/09/2013> Acesso em: 31 out. 2013.

¹³⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp1.180.078/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 02 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000209126&dt_publicacao=28/02/2012> Acesso em: 31 out. 2013

Acompanhando tal regime, urge ainda uma “renovada hermenêutica da norma ambiental”, amparada no princípio *in dubio pro natura*¹⁴⁰.

O princípio tem uma primordial importância, mas não deve ser considerado absoluto. Trata-se de um critério hermenêutico, que deve ser conjugado com outros, sob pena de configurar-se uma “ditadura ambiental”. Sendo a questão ecológica uma questão complexa e multifacetada, abrangendo múltiplos aspectos e sujeitos, a aplicação da lei ambiental deve sempre ocorrer apenas no caso concreto face à análise das circunstâncias fáticas. É temerável afirmar que a lei ambiental sempre prevalecerá em qualquer situação, pois isso configuraria um juízo *a priori*, incabível em uma realidade complexa como a contemporânea.

Não se nega que o direito ambiental é um direito difuso, o qual objetiva a proteção de sujeitos vulneráveis. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro, em especial após a Constituição de 1988, é composto de um feixe de direitos meta-individuais na proteção também de sujeitos vulneráveis, como o direito dos consumidores, o direito a habitação, o direito indígena, direitos culturais... Quando a colisão de princípios for entre direitos difusos (indisponíveis) e direitos privados ou patrimoniais (disponíveis), é aceitável a aplicação plena do princípio *in dubio pro natura*, tal qual foram os casos analisados pelo STJ acerca da responsabilidade civil. Todavia, a questão deverá ser analisada com maior cuidado quando referente à colisão entre diversos direitos coletivos (indígena e ambiental, por exemplo).

Ainda, não se deve olvidar que vivencia-se um momento de retrocesso legislativo, em que leis ambientais são promulgadas com objetivos econômicos declarados, como é o caso do Novo Código Florestal. Assim, a utilização do art. 5º da LINDB (segundo o qual a aplicação da lei deve basear-se pelos fins sociais a que ela se destina) pode ter um efeito contrário à proteção ambiental, justificando a prevalência da realização de atividades econômicas, como por exemplo a agropecuária.

Por derradeiro, afirma-se, ao lado de Belchior, que a primariedade do meio ambiente deve ser um dado inicial, uma premissa

¹⁴⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp1.180.078/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 02 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000209126&dt_publicacao=28/02/2012> Acesso em: 31 out. 2013

integrante da pré-compreensão do intérprete, e não uma primariedade absoluta e totalitária¹⁴¹.

Um segundo princípio instrumental a ser aplicado para solução de colisão de princípios é a proporcionalidade. Tal qual quanto à definição de princípios, é patente uma confusão generalizada quanto à definição e aplicação do princípio, havendo controvérsia inclusive quanto a sua nomenclatura (se regra, princípio, norma de 2º grau ou dever, dentre outros). Será adotado no presente trabalho a definição de proporcionalidade construída no Tribunal Constitucional Alemão e difundida no Brasil por Virgílio Afonso da Silva¹⁴².

A proporcionalidade é composta de três elementos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser aplicados em uma ordem pré-definida e subsidiariamente, apenas perante o caso concreto.

A adequação refere-se ao vínculo entre os meios e os fins, respondendo-se a seguinte pergunta: os meios utilizados pelo legislador são adequados para consecução ou promoção do objetivo pretendido? Trata-se, em última análise, do exame de razoabilidade da medida. Em relação ao segundo elemento, necessidade, deve-se perguntar se o objetivo pretendido poderia ser promovido ou alcançado com a mesma intensidade por outro meio que limitasse de forma menos grave o direito fundamental.

Por fim, o terceiro elemento, a proporcionalidade em sentido estrito, “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.” Trata-se da ponderação entre os princípios conflitantes¹⁴³.

Assim, configura a proporcionalidade um instrumento muito útil para aplicação do direito ambiental, permitindo a identificação de elementos necessários a máxima consagração do direito ambiental.

¹⁴¹BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e meio ambiente: uma proposta de hermenêutica jurídica ambiental para efetivação do Estado de Direito Ambiental**. 2009. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Direito, Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2007.

¹⁴²SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*. 798 (2002). 23-50.

¹⁴³SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*. 798 (2002). 23-50. p. 42.

2.3 A JUSTIÇA AMBIENTAL

Dentro de uma realidade em que se multiplicam as desigualdades socioambientais, tornando a cada dia mais complexas as situações fáticas que circundam o direito, uma visão do sistema jurídico ambiental estaria incompleta se não fossem abordadas as questões ético-políticas que permeiam a sociedade e influenciam diretamente a efetivação do direito ambiental. Dentre tais questões, torna-se primordial para devida compreensão do direito a análise de questões relacionadas à Teoria da Justiça.

Assim, no campo do direito ambiental, é primordial a análise do conceito de Justiça Ambiental como parâmetro normativo imprescindível para uma devida concretização do direito positivo ambiental, assegurando que as leis ambientais cumpram seu objetivo de construir um Estado de Direito Ambiental, livre de discriminações de qualquer natureza.

Para Cavedon, a Justiça Ambiental caracteriza-se “por um tratamento equitativo no que se refere à distribuição de poder, riscos, custos e benefícios ambientais, atrelado à democratização dos processos decisórios”. Em contrapartida, é possível identificar cenários de injustiça ambiental quando grupos já fragilizados por condições diversas (como socioeconômicas, raciais e informacionais) arcam com cargas desproporcionais de riscos e danos ambientais¹⁴⁴.

Relacionando-se a questão com aspectos estruturais do paradigma vigente, torna-se fundamental que a Justiça Ambiental englobe a oportunidade de estruturas adequadas de acesso aos processos decisórios e capacidade de influência nas decisões ambientais, garantindo-se igual oportunidade de participação a todos os envolvidos. Trata-se de um diálogo essencial entre diversos atores envolvidos, em um processo descentralizado e participativo¹⁴⁵.

Com base nessa proposta de Cavedon, a Justiça Ambiental passa a assumir “um caráter emancipatório, preconizando a democratização dos processos decisórios e a construção de condições estruturais que propiciem a realização da Cidadania Ambiental”, envolvendo um processo de empoderamento de grupos fragilizados ambientalmente. Nesse viés, propugna-se pela indissociabilidade entre Justiça Ambiental,

¹⁴⁴CAVEDON, 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**. 2006. 377 f. Tese (Doutorado) - Universidade Vale do Itajaí, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Itajaí, 2006. p. 139.

¹⁴⁵ *Ibidem* p. 161 e ss.

Democracia Ambiental e Cidadania Ambiental, de forma a assegurar a politização e o empoderamento daqueles que sofrem com a exclusão ambiental¹⁴⁶.

Em um sentido diferenciado, abrangendo aspectos axiológicos e imateriais e trabalhando com a ideia de justiça enquanto reconhecimento, Baggio ressalta que a função da justiça ambiental seria em um primeiro momento a redistribuição de riscos e recursos naturais de forma mais igualitária. Já em um segundo momento, configuraria uma preocupação pelo reconhecimento valorativo de determinados institutos, como o amor, o direito e a comunidade de valores¹⁴⁷.

A ideia de Justiça Ambiental resulta de uma “apropriação da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social”, sendo certo que a ação dela decorrente visa “combater a desigualdade ambiental e dar igual proteção ambiental a todos os grupos sociais e étnicos”. Assim, a questão está relacionada com o modo como se organizam as condições materiais e espaciais de produção e reprodução da sociedade¹⁴⁸.

O Movimento de Justiça Ambiental surge nos Estados Unidos na década de 80 a partir da junção entre movimentos sindicalistas, por direitos civis e a questão ambiental. O ápice do Movimento ocorre em 1982, com a revolta de moradores de Afton, Carolina do Norte, contra a instalação de um depósito de rejeitos industriais em uma região majoritariamente ocupada por negros. Em 1987, após uma pesquisa que demonstrou que os bairros negros que abrigam depósitos de resíduos perigosos são o dobro de bairros brancos, cunhou-se a expressão “racismo ambiental”, já que “fez-se evidente que forças de mercado e práticas discriminatórias das agências governamentais concorrem de forma articulada para a produção das desigualdades ambientais”¹⁴⁹.

¹⁴⁶CAVEDON, 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**. 2006. 377 f. Tese (Doutorado) - Universidade Vale do Itajaí, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. Itajaí, 2006. p. 161 e ss.

¹⁴⁷BAGGIO, Roberta Camineiro. **Justiça ambiental entre redistribuição e reconhecimento: a necessária democratização da proteção da natureza**. 2008. 266 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2008. Disponível em : <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0899-T.pdf>>. Acesso em : 16 jun. 2013. p. 13-16.

¹⁴⁸ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. *In: Estudos avançados*, São Paulo, SP, v. 24, p. 103-119, 2010. p. 108, 100, 111.

¹⁴⁹ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. *In: Estudos Avançados*, São Paulo, SP, v. 24, p. 103-119, 2010. p. 111..

Cavedon ressalta ainda a autonomia entre o surgimento dos movimentos por Justiça Ambiental e os movimentos ambientalistas, já que os primeiros adotavam um viés cientificista, sendo formados majoritariamente por integrantes de alto nível educacional, enquanto os segundos eram formados por grupos fragilizados tanto economicamente como politicamente¹⁵⁰.

No Brasil, o movimento ganha força em 2002, a partir da criação da Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA), constituindo-se atualmente “como um fórum de discussões, de denúncias, de mobilizações estratégicas e de articulação política, com o objetivo de formulação de alternativas e potencialização das ações de resistência desenvolvidas por seus membros”, sendo formada por um grande número de organizações não governamentais, movimentos sociais e redes de pesquisa¹⁵¹.

O movimento de Justiça Ambiental enquadrou-se muito bem nas características específicas do contexto brasileiro, em que multiplicam-se elementos de discriminação social, econômica e ambiental, os quais entrelaçam-se. Nesse sentido, lembra Acselrad a forte correlação existente entre indicadores de pobreza e a ocorrência de doenças associadas à poluição por falta de água e esgotamento sanitário ou lançamento de rejeitos na natureza¹⁵².

Assim, ampliam-se as reivindicações do movimento americano relacionadas a racismo e contaminação química, passando a Justiça Ambiental a centrar-se “na distribuição desigual dos benefícios e custos socioambientais gerados pelo modelo de desenvolvimento brasileiro, que se refletem nas possibilidades de acesso ao poder e apropriação dos recursos”¹⁵³.

Ainda quanto à justiça ambiental no Brasil, importante contribuição foi a elaboração pela Fundação Oswaldo Cruz, em parceria com o Instituto Fase, do mapa de conflitos envolvendo injustiça ambiental e saúde no Brasil¹⁵⁴, que busca sistematizar e socializar

¹⁵⁰CAVEDON, Fernanda de Salles. op. cit. p. 143.

¹⁵¹ Informações sobre a RBJA, bem como acesso a seu Manifesto, podem ser obtidas no endereço eletrônico: <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/>. Acesso em: 10 ago. 2013.

¹⁵²ACSELRAD, Henri. **Justiça ambiental: novas articulações entre meio ambiente e democracia.** Disponível em: <<http://www.justicaambiental.org.br/projetos/clientes/noar/noar/UserFiles/17/File/JANovasArticulacoes-%20ms.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

¹⁵³CAVEDON, Fernanda de Salles. op. cit. p. 146.

¹⁵⁴Disponível em: <<http://www.confliotoambiental.icict.fiocruz.br/index.php>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

informações disponíveis sobre movimentos e conflitos socioambientais, tendo por base discussões em fóruns e redes, em particular a RBJA. O Mapa verificou que mais da metade dos conflitos estão situados nas regiões mais pobres do país, norte e nordeste. Dentre os grupos populacionais atingidos, destacam-se indígenas, agricultores familiares e quilombolas, grupos já socialmente vulneráveis¹⁵⁵. Os dados da pesquisa demonstram uma patente injustiça ambiental no Brasil, evidenciando a imprescindibilidade de seu estudo.

Para Alier, trata-se de um importante inventário, responsável por demonstrar a multiplicação de conflitos e suas causas estruturais, bem como dar visibilidade às populações afetadas e suas estratégias de resistência. Configura-se instrumento de luta contra a injustiça e o racismo, verdadeiro escudo protetor das comunidades atingidas¹⁵⁶.

Ainda, é possível relacionar o mapa de injustiça ambiental com a questão de Acesso a Justiça, comprovando o que Cavedon afirma quanto à relação entre exclusão ambiental e falta de acesso a mecanismos de participação popular e influência em decisões ambientais. Segundo o mapa da Fiocruz, as regiões mais pobres do país (norte e nordeste) são as que mais apresentam conflitos ambientais. Em contrapartida, são as regiões que abrangem os estados com os menores índices de acesso a justiça, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça¹⁵⁷.

O estudo acerca dos casos de injustiça ambiental demonstra que os grupos já fragilizados social e economicamente acabam sofrendo uma dupla discriminação: inicialmente, em razão do modelo capitalista de crescimento econômico, acabam arcando com maiores custos e riscos ambientais. Em segundo lugar, ainda sofrem uma discriminação estrutural provocada pelo próprio Estado no que tange às barreiras de Acesso a Justiça, dificultando (e por vezes até impossibilitando) a concretização de seus direitos por meio do Judiciário.

A questão da Justiça Ambiental não se restringe a um âmbito teórico, mas engloba também as constantes lutas de determinados

¹⁵⁵FIOCRUZ. **Síntese dos principais resultados**. Disponível em: <<http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br/index.php?pag=resumo>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

¹⁵⁶ALIER, J. M. O mapeamento dos conflitos ambientais no Brasil. In: **Carta Capital**. pub. 27 nov 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-milanez/o-mapeamento-dos-conflitos-ambientais-no-brasil-por-joan-martinez-alier-2033.html>>. Acesso em: 29 dez. 2013.

¹⁵⁷SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. **Atlas de acesso à justiça**: indicadores nacionais de acesso a justiça. Brasília: Secretaria de reforma do Judiciário, 2013. Disponível em: <http://www.acesoajustica.gov.br/pub/template/tela_interna_05.faces?item=relatorio> Acesso em: 29 dez. 2013.

movimentos para assegurar a manutenção de níveis ambientais mínimos para sua sobrevivência. Logo, um outro enfoque para a justiça ambiental é relacioná-la com movimentos socioambientais. É o que Alier denomina de “ecologismo dos pobres”, citando como exemplo diversos movimentos ao redor do mundo, a saber as lutas contra a contaminação do ar nos bairros pobres, a luta por espaços verdes contra a especulação urbana, a luta pelo acesso a água potável, a luta para conservar a terra contra a construção de centrais hidrelétricas¹⁵⁸.

Assim, tendo a questão reflexos práticos evidentes, o seu estudo não deve restringir-se ao campo teórico, pois a teorização da justiça ambiental relaciona-se com a concretização e efetivação do direito ambiental, vinculando os aspectos prático e teórico da presente pesquisa.

Judicialmente, a teoria da Justiça Ambiental foi acolhida em 2013 pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial (REsp) n. 1.310.471/SP¹⁵⁹. Tratava-se de discussão sobre a legalidade de multa administrativa aplicada a empresa responsável por grande contaminação atmosférica em bairro de baixa renda, atingindo mais de 300 crianças. A multa aplicada foi mantida. Afirma o relator:

Como se não bastasse a miséria material de bolsões urbanos e rurais da população, fenômeno que ainda nos atormenta e envergonha como nação, após a Segunda Guerra Mundial e na esteira do processo de industrialização que ganhou fôlego a partir de então, agregamos e impingimos a essa multidão de excluídos sociais (= injustiça social) a nódoa de párias ambientais (= injustiça ambiental). Substituímos, ou sobrepusemos, à segregação racial e social - herança da discriminação das senzalas, da pobreza da enxada e das favelas - a segregação pela poluição, isto é, decorrente da geografia da contaminação industrial e mineral, do esgoto a céu aberto e da paisagem desidratada dos seus atributos de beleza¹⁶⁰.

¹⁵⁸ ALIER, J. M. El Ecologismo de los pobres. In: **Revista Wani**, Manágua, Nicarágua, n. 125, p. 2-14 -50, abr. 1992.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.310.471/SP, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 18 jul. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201102932952&dt_publicacao=17/09/2013> Acesso em: 28 jan. 2014.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

Trata-se de um importante reconhecimento, já que, com base também no princípio da responsabilização, foi possível reajustar a situação a um panorama de equidade, internalizando os custos ambientais para a empresa poluidora.

Por derradeiro, fica patente que a justiça ambiental deve ser considerada um elemento axiológico imprescindível para a concretização do direito ambiental. Face à incapacidade do cientificismo e do dogmatismo para controlar a crise de efetividade desse ramo jurídico, é primordial que a legislação ambiental ofereça-se como um modelo aberto às reflexões éticas, políticas e econômicas relacionadas, as quais confluem-se na teoria da Justiça Ambiental.

Em que pese sua importância para a construção do direito ambiental, tem o Judiciário se mostrado relutante em reconhecê-la, ensejando um cenário de negação jurisprudencial de sua concretização.

No presente capítulo, analisamos o modo como está estruturado o direito ambiental brasileiro, bem como os elementos axiológicos em que se sustenta. Veremos no próximo capítulo o modo como o Judiciário passa a aplicar tais direitos no caso concreto.

3 A JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS

É patente nos tribunais brasileiros uma dificuldade na aplicação das leis e princípios ambientais, que acaba levando à inefetividade dos mesmos. Os julgadores pátrios não estão familiarizados com um novo paradigma hermenêutico trazido pelo direito ambiental, sendo manifesta, assim, a incompreensão dos valores jurídicos inerentes à proteção ambiental.

Mesmo após vinte e cinco anos de promulgação da Constituição e trinta e dois da LPNMA, acompanhada de farta produção doutrinária e legislativa em matéria ambiental, não houve no Judiciário uma superação do paradigma individualista.

Conforme visto no primeiro capítulo, a lei ambiental é caracterizada pela utilização de cláusulas gerais, conceitos abertos e elementos técnicos, tornando sua aplicação necessariamente permeada por princípios e valores de fundamental relevância. Tais princípios e valores estão diretamente vinculados à historicidade fática dos textos normativos, sendo que uma análise meramente positivista da lei, como pretendem os julgadores brasileiros, buscando seus fundamentos na intenção do legislador, priva a lei ambiental de efetividade plena.

Através da análise jurisprudencial brasileira, tal incompreensão fica evidente, dada a grande divergência entre decisões ambientais, mesmo dentro de um mesmo órgão julgador. Tais divergências podem ser imputadas a diversos fatores relacionados a questões políticas, institucionais, processuais ou subjetivos ao julgador. A primeira delas diz respeito à estreita vinculação entre os temas ambientais e temas político-econômicos, como o modelo agropecuário adotado ou a políticas governamentais de incentivo a determinadas atividades.

O segundo deles é o despreparo de muitos julgadores para o direito ambiental, havendo uma desqualificação destes para conhecimento e compreensão das leis ambientais. É possível também lembrar dificuldades no campo processual, já que também o processo coletivo é matéria recentemente positivada (LACP, de 1985, com as reformas do Código de Defesa do Consumidor, de 1990), havendo ainda divergência quanto à aplicação de suas regras¹⁶¹. Ainda nesse ponto,

¹⁶¹ Nesse sentido, conferir: MIRRA, Alvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e meio ambiente**. 2010. 715 p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de pós graduação em direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em:

lembramos a dificuldade de acesso ao Judiciário, seja pelo valor das custas e honorários, seja por carência de conhecimento de seus direito.

Por fim, é possível relacionar também a questão a motivos de ordem institucional do próprio Judiciário, relacionados ao grande volume de processos a serem julgados por cada juiz (levando a demora no julgamento dos processos), o pouco número de peritos especializados, e as poucas varas e câmaras especializadas em direito ambiental, dentre outros. Tais fatores dificultam que o juiz possa dedicar-se com afinco a todos os casos, estudando os pormenores envolvidos e as divergências doutrinárias relacionadas. Ademais, a demora nos julgamentos é extremamente prejudicial para o meio ambiente, que leva anos para se restaurar¹⁶². Embora tais fatores sejam dignos de referência, merecem um estudo aprofundado que não será realizado no presente trabalho. O objeto da presente pesquisa será restrito à análise hermenêutica das decisões.

Para análise da divergência jurisprudencial no presente capítulo, foi selecionada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como objeto de pesquisa. O STJ é o Tribunal Superior incumbido de resolver questões, em grau de recurso, que envolvam a aplicação de leis ambientais infraconstitucionais, sendo o responsável por uniformizar a interpretação pátria referente à aplicação de tais leis. (art. 105, CF)¹⁶³.

Criado pela Constituição de 1988, o STJ também é chamado de Tribunal da Cidadania. Isso porque, com o amplo reconhecimento pela Carta de direitos e garantias fundamentais do indivíduo e a consequente regulamentação legislativa que o sucedeu, a competência do STJ passa a ter relação direta com essa nova realidade jurídica do cidadão¹⁶⁴. Desde 2008 até hoje, o Tribunal já julgou mais de três mil ações sobre direito

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-151738/>>. Acesso em: 2013-10-23.

¹⁶²Para aprofundamento nessa temática, indicamos: BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **A (in)eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. 2007. 513 p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

¹⁶³STJ. **Atribuições**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293>. Acesso em: 02 out. 2013.

¹⁶⁴STJ. **A Constituição Cidadã e o Tribunal da Cidadania**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111614&utm_source=meme&utm_medium=facebook&utm_campaign=especial>. Acesso em: 02 out. 2013.

ambiental, evidenciando a importância da análise de sua jurisprudência¹⁶⁵.

O Tribunal é dividido em três seções, e cada seção, em duas turmas. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção, especializada em matérias de Direito Público, incluindo aqui o direito ambiental; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda seção, especializada em Direito Privado; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira seção, especializada em matérias de Direito Penal. A Seção é responsável pelo julgamento apenas em caso de divergência decisória entre turmas a ela vinculadas.

Para realização da presente pesquisa, foi utilizado o instrumento virtual de pesquisa jurisprudencial disponível no endereço eletrônico do STJ, sendo que as decisões encontradas foram julgadas majoritariamente pelas primeira e segunda Turmas.

Verificou-se que as duas turmas da Primeira Seção possuem um profundo distanciamento no que tange às decisões finais em matéria ambiental. A Segunda Turma possui decisões pioneiras em matéria ambiental, dando efetividade plena ao direito constitucional a um meio ambiente equilibrado. Percebe-se que seus julgadores possuem uma sensibilização ambiental muito grande, valendo-se de uma hermenêutica ambiental ancorada em um novo paradigma. Nos julgamentos de tal Turma, é frequentemente feito referência a princípios e valores ambientais, demonstrando a compreensão de que o Direito ambiental não se restringe às leis escritas.

Em contraposição, a Primeira Turma apresenta uma visão do direito ambiental extremamente legalista, individualista e antropocêntrica. Em diversos casos, a Turma sequer chega a analisar o mérito da questão, não conhecendo os recursos devido a razões processuais. Naqueles casos em que o mérito é analisado, prevalece uma hermenêutica exegética, preocupada apenas em verificar a estrita conformidade do caso com dispositivos legais, recusando aplicação aos princípios ambientais. Em alguns casos mais graves, a própria literalidade da lei é descumprida.

É digna de nota a atuação no STJ do Ministro Benjamin, verdadeiro julgador comprometido com as causas ambientais, promovedor de impactantes reformas no sistema jurídico através do

¹⁶⁵STJ. Especial 25 anos: STJ já julgou mais de três mil decisões sobre questões socioambientais. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=44&tmp.texto=111591&tmp.are_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=jurisprudencia%20ambiental.> Acesso em: 31 out. 2013.

Judiciário. Em diversas ocasiões, Benjamin foi responsável por inaugurar teses revolucionárias no campo ambiental, sempre bem fundamentadas e justificadas, contribuindo para uma maior efetividade da legislação ambiental. Sua atuação exerce forte influência nos demais julgadores, que tendem a acompanhar seu posicionamento.

Passa-se a analisar alguns casos específicos, evidenciando essa disparidade.

3.1 O DANO EXTRAPATRIMONIAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

O tema da responsabilidade civil em matéria ambiental é de primordial importância, pois um Estado de Equidade Ambiental somente é adquirido por meio de um eficiente sistema de responsabilização por danos ambiental, sendo primordial um ajustamento da responsabilidade civil clássica para os danos ambientais¹⁶⁶. Isso porque a responsabilidade civil clássica apenas foi idealizada para solução de problemas no âmbito individual, não estando adequada a problemas transindividuais¹⁶⁷.

A responsabilização integral por danos ambientais é um dos princípios estruturantes do direito ambiental, justamente por sua imprescindibilidade para concretização da justiça ambiental. Nesse sentido, afirma Leite que aquele que se beneficia de uma atividade arriscada, obtendo lucros particulares, deve suportar os danos que causar, ainda que não causados por culpa¹⁶⁸.

Dentro da temática da responsabilização civil, um dos temas que merece destaque é a reparação do dano extrapatrimonial coletivo em matéria ambiental. Como a responsabilização do dano ambiental deve ser integral (Constituição Federal, art. 225, §3º), ela deve abranger tanto o dano patrimonial como o extrapatrimonial e ainda tanto os danos individuais (ou danos reflexos) como os danos coletivos. Dada a indisponibilidade do interesse ambiental, é inaceitável qualquer limitação a plena reparabilidade do dano, seja impedindo a reparação dos danos extrapatrimoniais, seja limitando-a. Destarte, não pode a legislação, nem o judiciário, nem a administração pública pretenderem reduzir o âmbito de aplicação de tal reparabilidade, o que configuraria uma frontal violação aos princípios e regras constitucionais em matéria

¹⁶⁶LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 121.

¹⁶⁷Ibidem. p. 135.

¹⁶⁸Ibidem. p. 135.

ambiental, atingindo o núcleo conformador do Estado de Direito Ambiental.

Em uma visão clássica da responsabilidade civil, o dano extrapatrimonial tem como requisito essencial a configuração de um sentimento individual de dor ou mágoa (subjetivo) ou então a afetação da honra do indivíduo no meio social (objetivo). No entanto, no que tange ao dano extrapatrimonial coletivo, a doutrina é firme em reconhecer que a dor não é mais pré-requisito para configuração do dano extrapatrimonial, surgindo outros elementos relacionados à perda de ordem imaterial suportada pela coletividade, como, por exemplo, a perda de bem de relevância cultural, o de interesse ecológico, a tranquilidade e a paz, a proteção à paisagem, e o próprio sentimento de proteção ambiental¹⁶⁹.

São fundamentos legais da responsabilidade extrapatrimonial por dano ambiental: LPNMA, art. 14, § 1º (responsabilidade ambiental objetiva), Lei n. 7347, art. 1º, I (“Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I. ao meio ambiente”), Código Civil, art. 186 e art. 927 (obrigação civil extracontratual de reparar danos morais e patrimoniais). São fundamentos constitucionais da reparação o art. 5º, V e X (indenização por dano a direito da personalidade) e art. 225, § 3º (responsabilidade integral ambiental).

Para Steigleder, o dano ambiental não configura tão somente uma lesão no equilíbrio ecológico, mas também afeta diversos outros valores da sociedade, como “a qualidade de vida e a saúde, o sossego, o senso estético, os valores culturais, históricos e paisagísticos”, e mesmo o próprio interesse difuso pela proteção ambiental¹⁷⁰.

Em outras palavras, em casos de danos ecológicos, não apenas o equilíbrio ecológico é afetado, bem como valores sociais precípuos a ele interligados, como a qualidade de vida. A coletividade, apesar de despersonalizada, possui valores morais e um patrimônio anímico merecedor de proteção tal qual o indivíduo¹⁷¹.

¹⁶⁹LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 288-292.

¹⁷⁰STEIGLEDER, Anelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. ver. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 143.

¹⁷¹MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Anelise; CAPELLI, Silvia. **Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/ambiente/doutrina/id378.htm>>. Acesso em: 07 out. 2013.

Com muita propriedade, o dano ambiental moral coletivo é definido por Chacón como “a diminuição na tranquilidade anímica e espiritual que sofre a comunidade em sua totalidade, equivalente a lesão a interesses coletivos não patrimoniais, causada pelo dano acontecido contra o entorno natural que o circunda”¹⁷².

Em relação ao âmbito probatório, a verificação do dano extrapatrimonial passa a ser considerada *in reipsa*, ou seja, inerente ao dano ambiental intolerável praticado. Nesse sentido, para Leite:

Há que se considerar como suficiente para comprovação do dano extrapatrimonial a prova do fato lesivo - e intolerável - ao meio ambiente. Assim, diante das próprias evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, deve-se presumir a violação ao ideal coletivo relacionado a proteção ambiental e, logo, o desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁷³.

A análise deve ser realizada no caso concreto, de forma a concluir se a personalidade humana relacionada ao equilíbrio ambiental foi lesada, analisando-se se o referido dano ambiental excedeu os limites de tolerabilidade¹⁷⁴.

Dessa forma, a responsabilização por dano extrapatrimonial é uma exigência constitucional para concretização da proteção ambiental, sendo inegável que o seu reconhecimento é uma medida imprescindível para concretização da justiça ambiental. Ademais, não apenas o seu reconhecimento é inelutável, como a sua configuração *in reipsa*, ou seja, basta a comprovação de conduta dolosa intolerável ao meio ambiente para caracterização do dano moral coletivo. Sendo o meio ambiente um macrobem de titularidade difusa, qualquer ameaça a seu equilíbrio causa no seio da comunidade indignação e diminuição na tranquilidade espiritual, caracterizando o dano extrapatrimonial.

¹⁷²CHÁCON, Mario Peña. **Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente**. San Jose: Investigaciones Jurídicas, 2011. “La disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el entorno natural que lo circunda.” (Trad. Livre).

¹⁷³LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck. **Dano ambiental**. op. cit. p. 294.

¹⁷⁴LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Maria Leonor; FRONZIN, Rodrigo Augusto Matwijkow. O dano extrapatrimonial ambiental e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. In: **Revista NEJ – Eletrônica**. v. 15, n. 2, p. 220, mai./ago. 2010.

Quanto à interpretação da legislação, primordial é o ensinamento de Delgado, para quem os métodos clássicos de interpretação não são suficientes para adaptar a responsabilidade civil ao direito ambiental. Assim, o autor propõe os seguintes métodos: o método tópico problemático, privilegiando o problema e não a norma; o método concretista, segundo o qual a situação posta deve ser entendida de forma concreta; o método científico espiritual, baseado em valores; e o normativo estruturante, investigando as funções de realização do direito. Para o autor, “sabemos que interpretar a lei é, no fundamental, determinar, com o máximo de precisão, o valor da Justiça nela contido”¹⁷⁵.

3.1.1 O posicionamento da 2ª. Turma: *in dubio pro natura*

A primeira importante decisão da 2ª. Turma do STJ a respeito do tema foi o Recurso Especial (REsp) 1.180.078/MG, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, julgado em 02 de dezembro de 2010¹⁷⁶. A questão tratava da possibilidade de cumulação de obrigações de fazer e de pagar quantia certa no caso de desmatamento de área da mata nativa. O Tribunal de origem reconheceu o dano ambiental e impôs a obrigação de reparar o dano ambiental. No entanto, entendeu que somente na impossibilidade de recuperação da área degradada seria cabível a aplicação de condenação de indenização em dinheiro.

Em contrapartida, entendeu o STJ que, face ao princípio da responsabilização integral do dano ambiental, a reparação do dano deve ser a mais completa possível, incluindo tanto o restabelecimento do meio ambiente afetado como o dano moral coletivo. Nas palavras do relator,

A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (=

¹⁷⁵DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil por dano moral ambiental. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 36, maio 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30637>>. Acesso em: 07 out. 2013. p. 92.

¹⁷⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp1.180.078/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 02 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000209126&dt_publicacao=28/02/2012> Acesso em: 31 out. 2013.

dano interino ou *intermediário*), bem como pelo *dano moral coletivo* e pelo *dano residual* (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração)¹⁷⁷.

Assim, a indenização passa a ter uma dupla função: além de sua função subsidiária (quando a reparação não for totalmente possível), também exerce função cumulativa, como “compensação pecuniária pelos danos reflexos e pela perda da qualidade ambiental até a sua efetiva restauração”¹⁷⁸.

Um outro argumento utilizado foi a necessidade de “reversão à sociedade dos benefícios econômicos que o degradador auferiu com a exploração ilegal dos recursos do meio ambiente”¹⁷⁹, dentro da ideia de que a ninguém é lícito obter lucros às custas da exploração ambiental.

Chama atenção, ainda, a preocupação do julgador com a justificativa ético-hermenêutica para a decisão final. O relator ressaltou, com base no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”) que a aplicação da lei ambiental deve ser interpretada sempre da maneira mais favorável ao meio ambiente, dentro do princípio *in dubio pro natura*. Dessa forma, “a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratioessendi* de sua garantia”¹⁸⁰.

Em conclusão, reconhecida a possibilidade de cumulação das obrigações de recuperação e de indenização (inclusive quanto ao dano extrapatrimonial), restou decidido pela devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e para fixar o eventual *quantum debeatur*.

A questão foi novamente analisada em 2011, por meio do REsp 1.145.083/MG, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, julgado em 27 de agosto de 2013¹⁸¹. Trata-se de caso muito semelhante ao anterior,

¹⁷⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp1.180.078/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 02 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000209126&dt_publicacao=28/02/2012> Acesso em: 31 out. 2013. (Grifo no original).

¹⁷⁸Ibidem.

¹⁷⁹Ibidem. (Grifo no original).

¹⁸⁰Ibidem.

¹⁸¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.145.083/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 27 set. 2011. Disponível em:

referente à possibilidade de cumulação de obrigações de reparação e indenização por desmatamento. Também nesse caso, o Tribunal estadual não havia aplicado a indenização pelos danos, apenas a obrigação de fazer referente a recomposição ambiental. A diferença com o caso anterior é que aqui trata-se de desmatamento de mata ciliar em bioma do cerrado, enquanto lá analisava-se desmatamento em APP localizada na mata atlântica.

Após uma aprofundada análise dos princípios do poluidor pagador e da reparação integral, entende o relator ser necessário compreender “o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental”¹⁸².

Ainda, um outro forte argumento trazido é o caráter multifacetário do dano ambiental, nos sentidos ético, temporal, subjetivo, ecológico e patrimonial, além do enorme “universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados”¹⁸³.

Mais uma vez, a hermenêutica é invocada para análise do caso. O Ministro Benjamin ressalta o novo paradigma ambiental que, ao superar o individualismo, faz surgir “uma responsabilidade civil renovada, dotada de regime sensivelmente especializado, mais rigoroso na perspectiva dos violadores da norma e mais comprometido com a sorte dos prejudicados [...] Responsabilidade civil renovada, mas também renovada hermenêutica da norma ambiental”¹⁸⁴. Daí a afirmação de aplicação do princípio *in dubio pro natura* para aplicação da lei ambiental.

A conclusão final da decisão é a mesma obtida no REsp 1.180.078/MG: devolução dos autos ao tribunal estadual para fixação do valor indenizatório.

No mesmo sentido, também em análise de responsabilidade civil por desmatamento, é o REsp n. 1.198.727/MG¹⁸⁵, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, julgado em 14 de agosto de 2012.

Ainda nesse sentido é o REsp 1.328.753-MG, relatado pelo Min. Herman Benjamin, julgado em 28 de maio de 2013¹⁸⁶. O acórdão de tal

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901152629&dt_publicacao=04/09/2012> Acesso em: 31 out. 2013.

¹⁸²Ibidem.

¹⁸³Ibidem.

¹⁸⁴Ibidem.

¹⁸⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.198.727/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 14 ago. 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001113499&dt_publicacao=09/05/2013> Acesso em: 31 out. 2013.

decisão ainda não foi publicado. Com base no princípio da reparação integral e *in dubio pro natura*, restou afirmado que

Na hipótese de ação civil pública proposta em razão de dano ambiental, é possível que a sentença condenatória imponha ao responsável, cumulativamente, as obrigações de recompor o meio ambiente degradado e de pagar quantia em dinheiro a título de compensação por dano moral coletivo. [...] equivoca-se, jurídica e metodologicamente, quem confunde prioridade da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e nova lesão (obrigação de não fazer)¹⁸⁷.

É importante ressaltar que as decisões acima mencionadas não analisaram o *quantum debeatur* referente à indenização, em razão da impossibilidade de análise de elementos fático-probatórios em sede de Recurso Especial. No entanto, todas as decisões analisaram o mérito da questão: a possibilidade de indenização pelo dano extrapatrimonial. Esse elemento terá grande importância para análise das decisões da Primeira Turma, que será feita a seguir.

Nas decisões analisadas até o momento, o objeto central de análise era a possibilidade de cumulação entre obrigações de fazer e de pagar. A análise do dano extrapatrimonial era realizada incidentalmente. O dano moral será objeto central de análise da 2ª. Turma do STJ por meio do REsp 1.367.923/RJ, relatado pelo Ministro Humberto Martins, julgado em 27 de agosto de 2013¹⁸⁸. O caso diz respeito à condenação a indenização por danos morais em razão de armazenamento irregular de amianto, expondo a perigo a saúde pública. As empresas recorrentes já haviam sido condenadas pelo Tribunal carioca e recorreram ao STJ.

¹⁸⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.328.753/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 28 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=+1328753&b=INFJ&thesaurus=JURIDIC>> Acesso em: 31 out. 2013.

¹⁸⁷Ibidem.

¹⁸⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.367.923/RJ, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 27 ago. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100864536&dt_publicacao=06/09/2013> Acesso em: 31 out. 2013..

A decisão baseia-se nos precedentes mencionados acima, de relatoria do Ministro Herman Benjamin. Percebe-se no voto uma evolução no pensamento individualista, sendo patente uma preocupação com a coletividade: “ora, haveria *contra sensu* jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização”¹⁸⁹.

Os argumentos utilizados pelo Ministro Herman Benjamin nas decisões anteriormente citadas são reafirmados como motivos determinantes da decisão: a modificação do paradigma ambiental, a utilização do princípio *in dubio pro natura*, os princípios da responsabilização integral e do poluidor pagador e o caráter multifacetário do dano ambiental.

Ressalta-se ainda que nessa condenação não houve um dano concreto à sociedade, ou seja, a poluição pelo amianto não chegou a se concretizar. Ainda assim, a condenação foi aplicada face ao perigo de dano a que foi exposta à sociedade. Trata-se de um ponto fundamental e extremamente avançado para o direito ambiental brasileiro. Em uma sociedade complexa e caracterizada pela multiplicação dos riscos, cujas consequências apresentam uma potencialidade catastrófica, seja pelo número de atingidos, seja pela amplitude do dano, um Estado que pretenda concretizar o bem estar de sua população deve preocupar-se com a proteção contra os riscos.

Para Ayala, a questão encontra-se relacionada à cláusula geral de responsabilidade de longa duração, que vincula o Estado Ambiental a “um dever jurídico de considerar os riscos ainda não demonstrados integralmente pelo conhecimento científico como pressuposto de suas escolhas”. Caso estejam presentes ainda as características de irreversibilidade e irremediabilidade, a questão torna-se um imperativo de atuação do dever de proteção estipulado no art. 225, p. 1º da Constituição¹⁹⁰.

Embora a condenação por um dano futuro seja um dos temas mais importantes do acórdão, não foi analisado de forma direta e aprofundada pelo STJ, senão meramente pela manutenção do acórdão

¹⁸⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.367.923/RJ, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 27 ago. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100864536&dt_publicacao=06/09/2013> Acesso em: 31 out. 2013..

¹⁹⁰AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 306 e ss.

estadual que havia analisado a questão. Para o Tribunal estadual, a ameaça à paz e à saúde dos cidadãos acarreta incômodo e insegurança, configurando o dano extrapatrimonial coletivo.

Todas as decisões referidas acima foram aprovadas por unanimidade, demonstrando que há um forte consenso na Segunda Turma quanto à aplicação de indenização por dano extrapatrimonial. Também é de se ressaltar a preocupação dos julgadores em fundamentar a decisão em um referencial hermenêutico adequado à preocupação ambiental, fazendo valer os princípios, valores e finalidades almejados pela lei ambiental.

Ressalte-se, em contrapartida, a existência de, em pelo menos duas outras hipóteses, decisões que não analisaram a questão de mérito por motivos procedimentais. Em ambos os casos, o objeto decisório era a análise comprobatória da conduta lesiva ao meio ambiente, e não a possibilidade de aplicação de indenização por dano extrapatrimonial.

A primeira diz respeito ao REsp n. 1.319.039/MG, relatado pelo Ministro Herman Benjamin e julgado em 16 de abril de 2013¹⁹¹. Tratava-se de hipótese em que o dano ambiental, conforme perícia realizada no processo, era de pequena extensão, facilmente recuperável e em área já antropizada. Assim, o Tribunal estadual, embora reconhecesse a possibilidade de cumulação de obrigação de indenização e de reparação do dano, concluiu pelo seu descabimento no caso concreto. Para o Ministro relator, analisar nesse caso o cabimento ou não de indenização esbarraria em reexame fático probatório, vedado em sede de REsp.

O outro caso diz respeito ao Agravo Regimental (AgRg) em Agravo em Recurso Especial (AgREsp) n. 177.449/RJ, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 02 de abril de 2013¹⁹². Trata-se de hipótese muito semelhante à anterior, em que não houve comprovação de vulneração do equilíbrio ecológico e nem de danos aos recursos naturais, não sendo aplicada a indenização pelo Tribunal estadual. A decisão foi mantida pelo STJ dada a impossibilidade de reexame de questão fático-probatória e ausência de questionamento da questão.

¹⁹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.319.039/MG, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 16 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201200755914&dt_publicacao=08/05/2013> Acesso em: 31 out. 2013. .

¹⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg em AREsp 177.449/RJ, 2a. Turma, Rel. Mauro C. Marques, j. 02 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201200991848&dt_publicacao=09/04/2013> Acesso em: 31 out. 2013.

Por fim, será analisado um caso que, muito embora não diga respeito ao dano extrapatrimonial em matéria ambiental, traz reflexões fundamentais para construção de uma hermenêutica ecológica, já que a técnica interpretativa utilizada na decisão apresentou uma sensibilização ambiental digna de elogios.

Trata-se do REsp n. 1.245.149/MS, relatado pelo Ministro Herman Benjamin e julgado por unanimidade pela Segunda Turma em 19 de outubro de 2012¹⁹³. Na ocasião, restaram consignados importantes elementos, como a caracterização do dano ambiental *in reipsa*, quando provocado por desmatamento em Área de Preservação Permanente (APP); a responsabilidade *propter rem* relacionada a tal desmatamento e ilicitude de licenças ambientais conferidas em desacordo com a proteção constitucional.

Trata-se de ação civil pública contra proprietários de cinquenta e quatro casas de veraneio construídas em APP, às margens do rio Ivinhema, no Mato Grosso do Sul. As construções contaram com licença emitida pelo órgão ambiental estadual.

O Tribunal estadual considerou que “a situação já consolidada de ocupação da área de preservação permanente não atenta contra a ordem jurídica, eis que respaldada em autorização da ordem competente”¹⁹⁴ muito embora tenha reconhecido a importância ecológica da APP. O autor da ação, o Ministério Público, recorreu alegando que referida decisão teria sido omissa, já que deixou de analisar a suspensão da licença concedida.

A 2ª. Turma do STJ, por unanimidade, reconhecerá tal omissão, determinando que novo acórdão seja proferido, sanando contradições e omissões existentes. Embora se trate de uma decisão procedimental, a fundamentação da decisão elaborada pelo relator traz elementos que devem ser analisados com maior profundidade, em face de sua consistência.

Um primeiro elemento a ressaltar da decisão é a clarividente compreensão das funções ecológica e jurídica da APP ciliar. Muito além de simplesmente configurar o fato ao texto normativo em um esquema subjuntivo, o julgador demonstrou a percepção da vinculação entre a proteção da APP e o comando constitucional de “preservar e restaurar as funções ecológicas essenciais”, vinculando-a à efetividade do direito ao

¹⁹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.245.149/MS, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 19 out. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201100383719&dt_publicacao=13/06/2013> Acesso em: 31 out. 2013.

¹⁹⁴Ibidem.

meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda, quanto à função ecológica, afirmou o julgador:

Intenta a APP ciliar assegurar, a um só tempo, a integridade físico-química da água, a estabilização do leito hídrico e do solo da bacia, a mitigação dos efeitos nocivos das enchentes, a barragem e filtragem de detritos, sedimentos e poluentes, a absorção de nutrientes pelo sistema radicular, o esplendor da paisagem e a própria sobrevivência da flora ribeirinha e fauna. Essas funções multifacetárias e insubstituíveis elevam-na ao status de peça fundamental na formação de corredores ecológicos, elos de conexão da biodiversidade, genuínas veias bióticas do meio ambiente¹⁹⁵.

Tal constatação demonstra que o julgador valeu-se de elementos da realidade fática para a análise de elementos jurídicos, além de denotar a percepção do caráter sistemático e axiológico das normas ambientais.

Sendo evidenciada a importância da APP, afirma o julgador a impossibilidade de utilização econômica, desmatamento e ocupação humana desta área. Assim sendo,

Causa dano ecológico *in re ipsa*, presunção legal definitiva que dispensa produção de prova técnica de lesividade específica, quem, fora das exceções legais, desmata, ocupa ou explora APP, ou impede sua regeneração, comportamento de que emerge obrigação *propter rem* de restaurar na sua plenitude e indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados, sob regime de responsabilidade civil objetiva¹⁹⁶.

O segundo elemento decisório de capital importância é a explanação da hermenêutica utilizada. O relator afirma a necessidade da utilização da “técnica hermenêutica do diálogo das fontes”, conforme proposto por Erik Jayme, consistente na análise não apenas do Código

¹⁹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.245.149/MS, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 19 out. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100383719&dt_publicacao=13/06/2013> Acesso em: 31 out. 2013.

¹⁹⁶Ibidem.

Florestal, mas de um feixe de outros estatutos com o qual aquele interage e é influenciado. O Ministro relator realiza, então, uma relação das leis que formam tal feixe.

A aplicação de tal método interpretativo ao direito ambiental é pioneira. O método foi proposto inicialmente na Alemanha dentro do âmbito do direito privado e trazido para o Brasil por Marques para análise do Código de Defesa do Consumidor. O objetivo de tal teoria é evitar antinomias dentro de um sistema jurídico, evitando que uma lei seja dele excluído. Nas palavras da autora,

Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (di) e uma lógica ou fala (logos), enquanto o ‘conflito’ leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a monossolução ou o ‘monólogo’ de uma só lei. Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a ‘antinomia’ (conflitos ‘pontuais’ da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto) pela correta definição dos campos de aplicação. Evitar, assim, a ‘incompatibilidade’ total (‘conflitos de normas’ ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a ‘não-coerência’ do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegido os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial, os consumidores¹⁹⁷.

Destarte, considerando um sistema jurídico complexo e plural característico da “pós modernidade”, é essencial a busca pela plena eficiência de suas normas, não só no aspecto hierárquico, mas também funcional. A solução de conflito entre normas, assim, deve ser fluida e flexível, permitindo maior mobilidade e levando à coexistência de paradigmas. Ao invés da revogação de uma das regras em conflito, passa-se a ter a “aplicação simultânea, coerente e coordenada das

¹⁹⁷MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva”¹⁹⁸.

No caso ora em análise, o método interpretativo que o Eminent julgador parece valer-se é o método sistemático, segundo o qual o Direito representa um sistema formado por diversas normas em interação, eis que na hipótese *sub judice* não há antinomia aparente entre regras jurídicas e nem se questiona quanto a revogação de alguma das leis, motivo pelo qual causa uma certa estranheza a referência a tal modelo. De qualquer forma, embora a ele o autor faça referência, o “diálogo de fontes” nos moldes propostos por Jayme não seria necessário para o deslinde da causa, pois, reafirme-se, não se trata de conflito entre normas.

Sobre o método sistemático, ressalta Bonavides que “a interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte um sistema - a ordem jurídica, que compõe um todo ou uma unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido”¹⁹⁹.

Ainda no que tange à análise hermenêutica, faz-se uma análise histórica do instituto da APP e da Reserva Legal, afirmando que sua manutenção no ordenamento jurídico por quase um século comprova que

já não se pode vê-los como produto exótico ou ocioso, tampouco inócuo ou desmedido, muito menos inexequível ou quixotesco de um legislador irresponsável, desavisado ou inepto. Ao revés, representa formulação racional e lógica, desfecho, alicerçado na ética e na ciência, fruto de sabedoria advinda do questionar tenaz e incessante de eras de exploração predatória dos recursos ambientais²⁰⁰.

A análise do elemento histórico revela a primordial consciência da relação que se opera entre o tempo e o direito. Com tal análise, demonstra-se a percepção que o horizonte presente encontra-se vinculado a um horizonte passado, embora a ele não se submeta. Trata

¹⁹⁸MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002.

Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

¹⁹⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. SaoPaulo: malheiros, 1998. p. 405.

²⁰⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.245.149/MS. op. cit.

de demonstração de que o julgador está consciente da importância histórica da proteção legal relativa a APP.

Ainda em relação a essa análise histórica, também reconhece o julgador a dificuldade em se modificar paradigmas, recusando-se uma herança existente desde os primórdios da humanidade, seja pela falta de ânimo, seja por receio de inovar. Daí a afirmação de que no campo do Direito Ambiental não se encontra um “procedimento hermenêutico confortável, de simples e direta aplicação de prescrições cristalinas e autoexplicáveis”²⁰¹, eis que proteger o meio ambiente relaciona-se a apagar costumes e práticas arraigados à condição humana e ligados ao abatimento da natureza. Assim, conclui o julgador:

Logo, o júbilo com o texto da lei nem sempre se traduz, no teatro dos fatos, em satisfação com os resultados da lei, considerando que ninguém ignora que entre aquele e estes poderá haver, e amiúde há, um enorme vazio de implementação, o sepultamento das obrigações legais pela omissão, ignorância ou malquerença dos encarregados de cobrar seu cumprimento. É nesse contexto que se deve avaliar a tarefa do juiz, uma a mais, é verdade, mas indubitavelmente a mais poderosa e conspícua de todas, a quem se atribui parcela, nunca menor, de responsabilidade na vitória, ou derrota, da harmonização entre as ações humanas e a conservação das bases naturais da vida planetária²⁰².

Outro ponto primordial da decisão diz respeito ao reconhecimento da responsabilidade civil *propter rem*, ou seja, em razão da propriedade. Assim, o desmatamento da APP ciliar gera infração passível de responsabilização tanto para aquele que o provocou, como para aquele que, construindo ou se omitindo, impediu a regeneração espontânea da flora. Nesse sentido, a decisão acompanha entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Em relação às exceções relativas a supressão de vegetação em APP, volta o julgador a valer-se da metalinguagem interpretativa para explicitar que as exceções oponíveis a regimes jurídicos de proteção de vulneráveis devem sempre ser interpretados restritivamente, de modo a

²⁰¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.245.149/MS. op. cit.

²⁰²Ibidem.

concretizar o Estado Democrático de Direito. Assim, não basta a análise de cada empreendimento em si para configuração do dano, sendo primordial o estudo de toda a universalidade ecológica.

Por derradeiro, um último ponto trabalhado no referido REsp com maestria diz respeito à análise do licenciamento ambiental. É primordial o respeito ao princípio da legalidade, devendo o órgão ambiental respeitar os deveres de preservação impostos pela lei e jamais ignorar ou abrandar prescrições legais relativas a restrições em espaços protegidos.

Aliando-se a legalidade a outros princípios, como publicidade, transparência e motivação, passa a ser possível ainda a vedação a licença ambiental tácita, eis que a manifestação de vontade torna-se requisito indispensável para constituição de tal ato administrativo. Nas palavras do relator, “diante de bens e interesses indisponíveis, inalienáveis e imprescritíveis, se nem por declaração explícita cabe ao órgão ambiental transigir, exceto quando legalmente autorizado, não seria ao calar ou permanecer inerte que, contrariando a lógica e a razoabilidade, ao inverso se arvoraria a tanto”.

A consequência para licença ambiental obtida em tal flagrante situação de ilegalidade é a nulidade absoluta e insanável do ato praticado, além da responsabilização dos servidores envolvidos pela Lei de Crimes Ambientais²⁰³ e pela Lei de Improbidade²⁰⁴.

Em relação à conduta daquele que desmata ou constrói com licença inválida, equipara-se sua conduta àquele que desmata ou constrói sem qualquer licença, eis que tal ato administrativo encontra-se carente de valor jurídico ou ético, não se cobrindo da presunção jurídica de legitimidade.

Já encaminhando para a conclusão, ressalta o relator a imprescindibilidade da atuação do Judiciário para fazer valer a lei ambiental:

Pobre lei ambiental e urbanística que, de tão ultrajada e desmoralizada, hesitam os juízes em socorrê-la, mesmo que continuem a utilizá-la como referência meramente retórica, não tanto com o propósito de aplicá-la, mas de, transformando-a em biombo, negar-lhe seus legítimos e relevantes efeitos²⁰⁵.

²⁰³BRASIL. Lei nº 9605, de 25 de janeiro de 1999. **Lei de crimes ambientais**. Brasília, DF.

²⁰⁴BRASIL. Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992. **Lei de improbidade administrativa**. Brasília, DF.

²⁰⁵Ibidem.

Trata-se de uma brilhante decisão, que abrange aspectos fundamentais acerca da responsabilidade civil ambiental. A decisão demonstra-se preocupada em analisar cuidadosamente aspectos interpretativos, teleológicos e axiológicos dos dispositivos normativos relativos à proteção ambiental, relacionando-os tanto à realidade contemporânea como a aspectos históricos.

Assim concebida, tal decisão cumpre efetivamente o papel atribuído ao Superior Tribunal de Justiça, referente à uniformização jurisprudencial e concretização de direitos fundamentais do cidadão. Mais do que concretizar o direito questionado no caso concreto, a decisão fornece parâmetros hermenêuticos indispensáveis para análise não só de regras ambientais, mas também de qualquer lei de proteção a sujeitos vulneráveis.

Dotada de uma sensibilidade não apenas ecológica, mas também quanto à múltipla realidade vivenciada, trata-se de uma decisão ancorada em um novo paradigma jurisprudencial: a imprescindibilidade da construção de uma nova hermenêutica ecológica.

3.1.2 O posicionamento da 1ª. Turma: a dor é individual

A 1ª. Turma do STJ analisou em pouquíssimas oportunidades o mérito de questões envolvendo o dano extrapatrimonial ambiental. O primeiro caso analisando o cabimento do dano extrapatrimonial em casos ambientais foi julgado em maio de 2006. Trata-se do REsp n. Nº 598.281/MG, relatado pelo Ministro Luiz Fux²⁰⁶. Na ocasião, a Turma decidiu, por maioria, que para configuração do dano extrapatrimonial é imprescindível a comprovação de dor, sofrimento psíquico ou angústia individual, incompatíveis com a transindividualidade.

O caso dizia respeito a loteamento e construção em determinada área gerando degradação ambiental. O Tribunal estadual havia afastado a indenização por danos morais por considerá-la incompatível com um bem difuso, posto que apenas o indivíduo poderia sofrer dano extrapatrimonial, jamais a coletividade. Ressalta-se, todavia, que restou reconhecida na ocasião a ocorrência de dano ambiental.

²⁰⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598.281/MG, 1a. Turma, rel. Luiz Fux j. 02 mai. 2006. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006> Acesso em: 31 out. 2013.

Na análise da 1ª. Turma, prevaleceu o entendimento do Ministro Zavascki, segundo o qual “a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da ‘transindividualidade’ (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão”²⁰⁷.

Trata-se de um pensamento baseado na responsabilidade civil clássica, com foco em conflitos individuais e totalmente incompatível com o novo paradigma ambiental trazido pela Constituição.

Nas palavras de Leite, Ferreira e Fronzin, analisando o presente julgado: “não admitir a configuração de danos extrapatrimoniais ambientais significa ignorar todo processo de ampliação na caracterização do dano extrapatrimonial, que permitiu o reconhecimento do seu caráter objetivo”. Ainda, quanto à questão da comprovabilidade do dano ambiental, os autores afirmam que “no caso em questão, deduz-se, da gravidade e intolerabilidade da degradação ambiental ocorrida, a diminuição da qualidade de vida da coletividade e, logo, a configuração do dano ambiental extrapatrimonial”²⁰⁸.

Em um viés individualista e antropocêntrico, a decisão nega eficácia ao princípio constitucional da responsabilização integral do dano ambiental, violando todo um novo paradigma coletivista fundado pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e reafirmado pela Carta Constitucional de 1988.

Acompanhando o voto do Ministro Zavascki, a Ministra Denise Arruda, embora tenha admitido a possibilidade de configuração de dano extrapatrimonial, entendeu que no caso concreto não haveria qualquer evidência de violação do sentimento coletivo da comunidade local. Assim, afastar tais conclusões implicaria reexame de matéria fática, vedado pela Súmula 7/STJ (“a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”). O impedimento verificado por tal súmula é um argumento reiterado nas decisões analisadas, sendo primordial uma análise mais apurada de suas implicações.

Embora se reconheça o inegável progresso de tal voto em relação ao voto do Ministro Zavascki, é importante que se ressalte novamente que o dano extrapatrimonial em matéria ambiental carece de

²⁰⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598.281/MG, 1a. Turma, rel. Luiz Fux j. 02 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006> Acesso em: 31 out. 2013.

²⁰⁸LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Maria Leonor; FRONZIN, Rodrigo Augusto Matwijkow. O dano extrapatrimonial ambiental e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. In: **Revista NEJ – Eletrônica**, [S.l.], v. 15, n. 2, p. 212-228, mai./ago. 2010. p. 220.

necessidade comprobatória, pois estamos lidando com um dano *in re ipsa*. Destarte, a comprovação que é irrefutável é a de que a conduta do agente causou uma degradação ambiental, não sendo necessário provar em que medida o sentimento da coletividade foi afetado. A análise de tal questão é, ao contrário do que sustentado no voto da Ministra Arruda, uma análise jurídica quanto à natureza jurídica do dano extrapatrimonial ambiental, e não uma análise fático probatória do caso concreto.

A Súmula n. 7 diz respeito a um requisito de admissibilidade para análise do recurso, qual seja, o objeto recursal referir-se a questões jurídicas. Veda-se, dessa forma, o recurso interposto com a única finalidade de reexaminar-se provas (nas palavras da súmula, “**simples** reexame de provas”). Para causas mais complexas, como aquelas envolvendo o direito ambiental, a distinção entre o que seria reexame de provas e o que configuraria questões jurídicas pode afigurar-se muito sutil. Assim, face à indisponibilidade do direito envolvido e da vulnerabilidade dos sujeitos prejudicados, é primordial que o juízo de admissibilidade seja realizado nesses casos de forma a favorecer a solução da controvérsia, assegurando clara prevalência ao direito material.

Também votou com Zavascki, formando a maioria, o Ministro Francisco Falcão.

Embora tenha saído vencido, é primordial a análise do voto divergente, do Ministro Relator Luiz Fux, acompanhado pelo Ministro José Delgado, segundo o qual “o dano moral ambiental caracteriza-se quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo”, assim “podem co-existir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado”. Por fim, “o dano moral individual difere do dano moral difuso e *in re ipsa* decorrente do sofrimento e emoção negativas”²⁰⁹.

Com base em uma farta análise doutrinária, o Ministro Fux demonstrou compreensão para com as modificações trazidas para o campo da responsabilidade civil pelos novos direitos coletivos. Sua fundamentação estava baseada, em suas próprias palavras, em uma interpretação exegética e sistemática, vinculada essencialmente à

²⁰⁹LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Maria Leonor; FRONZIN, Rodrigo Augusto Matwijkow. O dano extrapatrimonial ambiental e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. In: **Revista NEJ – Eletrônica**, [S.l.], v. 15, n. 2, p. 212-228, mai./ago. 2010. p. 220.

compreensão dos cânones legais. Não houve referência aos princípios de direito ambiental, e nem às finalidades da lei ambiental.

Já no REsp 791.653/RS, relatado pelo Ministro Delgado, julgado em fevereiro de 2007²¹⁰, a Turma entendeu possível (pela única vez em todos os seus julgados) o dano extrapatrimonial ambiental. Trata-se de caso que analisou o cabimento de indenização por dano extrapatrimonial causado por poluição sonora por uma empresa de gás que utilizava música em seus veículos distribuidores. Restou comprovado que “os decibéis utilizados na atividade publicitária foram, comprovadamente, excessivos”.

O Tribunal estadual havia condenado a empresa por dano moral. Segundo o acórdão, o dano moral ambiental seria presunção da poluição sonora, sendo prescindível sua comprovação: “evidente que o descumprimento dos limites legais estabelecidos gera a chamada poluição sonora ambiental, da qual resultam os danos morais postulados, presumidos do próprio ilícito praticado”²¹¹.

A empresa ré ingressou com Recurso Especial, alegando que o Tribunal não havia analisado um Decreto Municipal superveniente que regulamentava a utilização de música por distribuidoras de gás.

A decisão foi mantida pelo STJ, sob a afirmação de que “o acórdão recorrido considerou todos os aspectos de relevância para o julgamento do litúgio, manifestando-se de forma precisa e objetiva sobre as questões essenciais à solução da causa”²¹². Assim, a 1ª. Turma do STJ entendeu que a decisão do Tribunal estadual representou regular prestação jurisdicional, considerando questões de relevo e essencialidade para a causa. O voto do ministro relator traz trechos do julgado impugnado, reafirmando sua devida prestação de jurisdição.

No entanto, cabe observar que a questão do dano moral não foi sequer analisada com profundidade pela decisão do STJ, embora trate de uma decisão unânime: a decisão estadual foi mantida pelos seus próprios fundamentos. Os mesmos julgadores que no REsp 598.281/MG haviam entendido ser incabível o dano coletivo moral ou necessária a comprovação de dano ao sentimento coletivo (Ministros Francisco Falcão, Teori Zavascki e Denise Arruda), modificaram seu entendimento e entenderam o cabimento do dano moral, sem qualquer

²¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 791.653/RS, 1a. Turma, rel. Jose Delgado, j. 06 fev. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501799351&dt_publicacao=15/02/2007> Acesso em: 31 out. 2013.

²¹¹Ibidem.

²¹²Ibidem.

argumentação jurídica. O Ministro Luiz Fux, acompanhando o relator, manteve seu posicionamento pela admissibilidade do dano extrapatrimonial coletivo.

Tal modificação de posicionamento em tão curto espaço de tempo deveria ter ocorrido por meio de uma profunda argumentação e fundamentação, de forma a cristalizar um posicionamento da Turma. Ao contrário, o que se verificou foi uma abstinência de manifestação, gerando dúvida quanto à solidez de tal modificação. Relembre-se que o STJ é o Tribunal responsável pela uniformização jurisprudencial, sendo imprescindível a fundamentação de seus atos decisórios, orientando o posicionamento dos tribunais estaduais.

Interessante observar ainda que a manutenção da decisão de 2ª Instância ocorreu por motivos procedimentais, quais sejam, a não existência de omissão no acórdão e a devida fundamentação e motivação decisória. Os fundamentos materiais da decisão (o cabimento do dano extrapatrimonial coletivo, a proteção ambiental, o direito à proteção contra poluição) não foram objetos de análise. Embora a decisão seja procedente, esse elemento demonstra que a 1ª Turma preocupa-se mais com a adequação procedimental e a rígida adequação à forma do que ao conteúdo substancial da decisão e suas consequências socioambientais.

Enquanto o caso do REsp 598.281/MG gerou um acalorado e frutífero debate dos julgadores, que trouxeram diversos argumentos legais, principiológicos e doutrinários para motivar seus posicionamentos, o presente caso foi acompanhado de uma silenciosa manutenção do voto do Ministro relator. Em outras palavras, os demais julgadores acompanharam o voto do relator por seus próprios fundamentos, não se manifestando em voto apartado.

Os casos acima foram os únicos casos em que a 1ª Turma do STJ analisou a possibilidade de indenização por dano moral coletivo ambiental, os quais denotam uma insegurança jurídica pela rápida mudança de posicionamento. A seguir, será analisado caso relacionado ao dano extrapatrimonial ambiental, em que a análise de mérito foi afastada por razões procedimentais.

No AgRg em AgREsp nº 40.188, julgado em 19 de março de 2013 e relatado pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima²¹³, entendeu a Turma, por unanimidade, que a análise do cabimento de dano

²¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg em AgREsp nº 40.188, 1a. Turma, rel. Arnaldo E. Lima, j. mai. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=201102051660>> Acesso em: 31 out. 2013.

extrapatrimonial seria caso de reexame probatório, encontrando óbice na Súmula n. 7 daquele Tribunal (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

O caso tratava da construção edfílica irregular em área de preservação permanente, gerando o desmatamento da área. O Tribunal estadual de Santa Catarina havia entendido que não caberia ao Judiciário definir critérios discricionários para atuação fiscalizatória do ente estatal, não sendo razoável que “após longo período de omissão do Poder Executivo local, o Poder Judiciário seja impelido a resolver questão complexa e delicada, de forte impacto social, a qual o ente municipal convenientemente negligenciou”²¹⁴. Assim, reconhecida a degradação ambiental, recomendou-se ao Município que procedesse à regularização e recuperação da área.

Quanto ao dano moral, alegou o Tribunal catarinense a sua não caracterização, já que “não demonstrado (SIC) os elementos que seriam determinantes para evidenciar o prejuízo extrapatrimonial”. O critério utilizado para análise do dano extrapatrimonial foi a verificação de sentimento de dor, angústia e sofrimento psíquico individual, restando consignada sua incompatibilidade com a transindividualidade do meio ambiente²¹⁵.

Em razões recursais, o autor da ação (Ministério Público) afirmou o cabimento de revisão do acórdão estadual pela aplicação dos dispositivos do Código Florestal relativos à área de preservação permanente. Alegou ainda o cabimento de Recurso Especial, já que não se trata de reexame fático, mas sim de aplicação das regras de norma federal (Código Florestal).

O STJ entendeu não ser cabível o Recurso Especial, pois envolveria a análise de questões fáticas relacionadas à análise do dano extrapatrimonial. Para fundamentar sua decisão, a 1ª. Turma baseia-se em um precedente relacionado à acumulação de cargos públicos (AgRg no REsp 1.198.68/RJ), caso que não possui qualquer similitude com a questão de desmatamento em APP. Em contrapartida, a decisão sequer menciona as decisões precedentes da 2ª. Turma reconhecendo o dano

²¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg em AgREsp nº 40.188, 1a. Turma, rel. Arnaldo E. Lima, j. mai. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=201102051660>> Acesso em: 31 out. 2013.

²¹⁵TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Apelação Cível n. 2009.022752-4, relator: Des. Luiz César Medeiros, julg. 18 de março de 2010, Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000DYO80000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2257715&pdf=true>>. Acesso em: 06 out. 2013.

extrapatrimonial, que são precedentes e de suma relevância para o caso concreto.

Um outro impedimento alegado para recebimento do Recurso Especial seria a questão envolver direito local, conforme disposto na Súmula do Supremo Tribunal Federal n. 280 (“Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”), ainda que a questão envolve-se violação ao Código Florestal e à Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

A questão relacionada ao presente caso guarda similitude fática com os Recursos Especiais n. 1.180.078/MG, 1.145.083/MG e n. 1.198.727/MG e, principalmente, com o REsp n. 1.245.149/MS (caso do Rio Ivinhema, sobre construção de ranchos em APP) julgados pela 2ª. Turma e analisados no tópico precedente. Em todos esses casos, tratava-se da possibilidade de aplicação de dano extrapatrimonial em caso de desmatamento em áreas de preservação. Os Tribunais estaduais de Santa Catarina e Minas Gerais, em tais casos, entenderam o não cabimento de dano extrapatrimonial.

No entanto, enquanto a 2ª. Turma do STJ analisou o mérito da questão, entendendo possível a aplicação do dano extrapatrimonial e encaminhando o processo para que o tribunal estadual fixasse o valor da indenização, a 1ª. Turma sequer analisou o mérito da questão, alegando impedimentos processuais.

Ao deixar de analisar a questão, a 1ª. Turma manteve decisão judicial que se negou a aplicar indenização por dano extrapatrimonial, ainda que verificado dano ambiental. Trata-se de um caso em que a análise procedimental teve profundos reflexos no resultado final da matéria.

Vale mais uma vez a afirmação de que a análise quanto ao cabimento de indenização por dano extrapatrimonial ambiental é uma questão jurídica referente ao reconhecimento da natureza jurídica de tal ofensa como dano *in re ipsa* (despiciendo de comprovação da ofensa a sentimento coletivo). Destarte, não se trata de uma análise fático probatória quanto ao caso em concreto, pois se a conduta lesiva ao meio ambiente restou configurada e reconhecida judicialmente, o dano extrapatrimonial também restou configurado, dada a perturbação ao equilíbrio psíquico da coletividade.

Ainda, enquanto a 2ª. Turma já demonstra uma preocupação com o dano eventual, futuro ou proteção contra os riscos, adequando-se a um novo paradigma de sociedade de riscos, a 1ª. Turma ainda trabalha com a ideia de comprovação irrefutável de dano concreto, vinculando-se ao paradigma patrimonialista do Código Civil. Essa afirmação fica evidente

a partir da exigência do STJ de irretorquível comprovação de dano extrapatrimonial para que sua responsabilização seja possível.

Por fim, ressalte-se que tal caso diz respeito a uma questão sócio-política muito complexa e delicada. Trata-se da ocupação reiterada de área de preservação permanente que contou com a conivência omissiva do Poder Público durante um longo decorrer de tempo. Na região do dano (Dunas dos Ingleses, em Florianópolis/SC), havia na época da decisão mais de 500 residências irregulares causando danos ambientais, havendo sido propostas dezesseis ações civis públicas similares²¹⁶. No entanto, lembre-se que o objeto do presente trabalho é a análise interpretativa dos argumentos decisórios, e não as motivações políticas das decisões.

Nas três situações que a 1ª. Turma analisou o dano extrapatrimonial ambiental, houve uma decisão diferente para cada caso, demonstrando uma insegurança jurídica muito grande quanto à aplicação das normas ambientais. Ainda, com exceção do primeiro caso, nos dois últimos a fundamentação foi baseada em razões meramente procedimentais, não sendo analisados os princípios, valores e fundamentos do direito ambiental.

A título meramente de argumentação, é possível verificar uma recusa dessa Turma no reconhecimento do dano extrapatrimonial coletivo em dois outros casos. Muito embora não se trate de questões ambientais, são questões relativas à direitos coletivos imprescindíveis e constitucionalmente protegidos. Em ambos os casos, há referência ao REsp 598.281/MG, relacionando-se o dano moral à dor individual e afirmando sua total incompatibilidade com direitos transindividuais.

No REsp n. 821.891/RS, relatado pelo Ministro Fux, julgado em 08 de abril de 2008²¹⁷, a Turma decidiu, por unanimidade, que o dano moral é incompatível com a indeterminabilidade do sujeito passivo. Destarte, o dano moral coletivo seria não indenizável. Em tal decisão, cita-se o REsp 598.281/MG (relacionando dano moral a dor psíquica individual), não havendo qualquer referência ao REsp 791.653/RS (reconhecimento do dano extrapatrimonial coletivo). Votaram os

²¹⁶TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Apelação Cível n. 2009.022752-4, relator: Des. Luiz César Medeiros, julg. 18 de março de 2010, Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000DYO80000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2257715&pdf=true>>. Acesso em: 06 out. 2013.

²¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 821.891/RS, 1a. Turma, rel. Luiz Fux, j. 08 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600380062&dt_publicacao=12/05/2008> Acesso em: 31 out. 2013.

Ministros Zavascki, Arruda, Delgado e Falcão em decisão unânime. No caso, tratava-se de dano moral coletivo provocado por fraude em certame licitatório. O REsp não foi recebido por ausência de um de seus pressupostos (prequestionamento), tendo o dano moral coletivo sido analisado *ad argumentandum tantum*.

Esse mesmo posicionamento foi adotado ainda no REsp n. 971.844/RS, relatado pelo Ministro Zavascki e julgado em 03 de dezembro de 2009²¹⁸. O caso jungia-se à indenização por dano moral coletivo de concessionária de serviço de telefonia por falhas no atendimento a clientes. Por unanimidade, os Ministros Fux, Arruda e Gonçalves acompanharam o relator no sentido de entender incabível dano moral coletivo, eis que “ao assentar que eventual dano moral, em casos tais, se limitaria a atingir pessoas individuais e determinadas, o acórdão recorrido adotou linha de entendimento perfeitamente compatível com os precedentes desta Turma sobre a matéria”. Foram citados os precedentes REsp 598.281/MG e REsp n. 821.891/RS.

O que se observa em tais decisões é que há hoje na 1ª. Turma um entendimento de que não cabe dano extrapatrimonial coletivo, pois o dano moral somente é possível quando atingir pessoas determinadas. A indivisibilidade dos lesados por eventual conduta (seja ela relacionada a direito do consumidor, seja relacionada ao direito ambiental) torna absolutamente incabível a indenização de tal lesão, independentemente de sua gravidade.

Para a 1ª. Turma, com base em tais decisões, está assentado que apenas um indivíduo singularmente considerado pode requerer indenização por sofrer perturbação em seu equilíbrio emocional. Em contrapartida, uma coletividade caracterizada pela indivisibilidade e indeterminabilidade de seus sujeitos, jamais poderá pleitear tal indenização, ainda que a lesão tenha causado um desequilíbrio profundo no sentimento de proteção ambiental.

Ressalte-se que tais decisões foram emanadas por um Tribunal que se autodenomina “Tribunal da Cidadania”, responsável por uniformizar a jurisprudência e por concretizar os direitos e garantias fundamentais, criado justamente para fazer valer os direitos do cidadão, dentre eles os direitos ambientais, do consumidor e de proteção do patrimônio público. Tal posicionamento, além de violar frontalmente

²¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 971.844/RS, 1a. Turma, rel. Teori Zavascki, j. 03 dez. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200701773379&dt_publicacao=12/02/2010> Acesso em: 31 out. 2013.

dispositivos normativos constitucionais e o sistema axiológico de proteção ambiental, ainda é totalmente incoerente com a própria atribuição do “Tribunal da Cidadania”.

É patente que em tais decisões prevalece uma visão individualista e patrimonialista. Muito embora mudanças profundas tenham assolado o direito há mais de 25 anos, adequando-o a direitos difusos e à complexidade ambiental, a interpretação continua a ser realizada em um viés individualista ultrapassado, desvinculado de um saber jurídico ambiental (a ser analisado adiante).

Ademais, em tais decisões a linguagem é tratada como um objeto a ser examinado por métodos precisos que assegurem ao sujeito neutro e imparcial alcançar a verdade jurídica. Assim, nega-se a mutabilidade de sentidos que a interpretação pode oferecer por meio da fusão de horizontes, reproduzindo um sistema ecologicamente deletério.

3.2 A QUESTÃO DA QUEIMA DA PALHA DA CANA DE AÇÚCAR

A escolha da presente temática está relacionada, em um primeiro momento, pela importância fática que assume: trata-se de atividade extremamente danosa ao meio ambiente, muito embora reiteradamente praticada. Os danos provocados pela atividade, que serão pormenorizados adiante, já estão cientificamente comprovados em diversos estudos de várias áreas do conhecimento, como por exemplo medicina, biologia, geologia e engenharia de produção²¹⁹. Ainda que já exista tecnologia substitutiva que não cause tais danos, os interesses econômicos pela maximização dos lucros e externalização dos prejuízos impedem a substituição. Para Humberto Martins, ministro do STJ, em entrevista concedida por ocasião da realização de um Congresso de Direito Ambiental, trata-se do principal dano ao meio ambiente que ocorre em território pátrio²²⁰.

Um outro motivo está relacionado à enorme divergência jurisprudencial que a questão provocou, entre Tribunais estaduais e

²¹⁹ GONÇALVES, Daniel Bertoli. **Mar de cana, deserto verde? Os dilemas do desenvolvimento sustentável na produção canavieira paulista**. 2005. 256f. Tese (Doutorado em Engenharia da Produção) - Engenharia da Produção, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2005.

²²⁰ STJ. **Congresso Internacional destaca a Jurisprudência Ambiental no STJ**. Disponível em : <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=112616&utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook&utm_campaign=Feed%3A+podcaststj+%28STJ+R%C3%A1dio+%28pagina%29%29&utm_content=FaceBook.> Acesso em: 11 dez. 2013.

mesmo dentro de Tribunais, inclusive no STJ. Os Tribunais oscilam entre a proibição total, a permissão incondicionada e a permissão mediante licenciamento, causando uma patente insegurança jurídica.

Será feita inicialmente uma breve análise do impacto causado pela queima, passando para uma análise da questão no estado de São Paulo, para em seguida adentrar no conturbado posicionamento do STJ.

3.2.1 Análise do contexto fático e legal da queima

Hoje em dia, a importância do agronegócio sucroalcooleiro no país é evidente, A atividade movimenta cerca de R\$ 40 bilhões por ano, correspondendo a 3,5% do faturamento nacional. Ainda, emprega 3,6 milhões de empregos diretos e indiretos, congregando mais de 72 mil agricultores²²¹.

As queimadas das lavouras de cana são muito comuns, pois visam eliminar a palha da cana, reduzindo sua biomassa em 30% e facilitando o corte e manejo da cana. Todavia, configura atividade potencialmente poluidora, provocando diversos danos socioambientais de forte impacto e amplitude.

Inicialmente, em relação a fauna, já que os diversos animais que habitam as plantações (insetos, cobras, lagartos, capivaras, pacas e aves) são mortos sem qualquer chance de sobrevivência. Normalmente, o fogo é colocado em círculo e no período noturno, impedindo até mesmo a fuga dos animais²²². Estima-se a morte de um animal de grande porte para cada quatro hectares de cana queimada²²³.

A flora também é afetada. O fogo ateado aos canaviais pode sair do controle e, estando os canaviais próximos a florestas e áreas de preservação permanente, não são raras as vezes em que o fogo se alastra pelas florestas destruindo a flora nativa. Ainda, o fogo gera mudanças no microclima da região, com o aumento da temperatura e a redução da umidade. Tais mudanças climáticas modificam o ciclo reprodutivo das plantas, inibindo a germinação e disseminação de sementes.

²²¹GONÇALVES, Daniel Bertoli. **Mar de cana, deserto verde? Os dilemas do desenvolvimento sustentável na produção canavieira paulista**. 2005. 256f. Tese (Doutorado em Engenharia da Produção) - Engenharia da Produção, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2005.

²²²AZEVEDO, Olivaldi Alves Borges. A potencialidade das 'queimas controladas' da cana-de-açúcar de provocar dano ambiental por meio da morte de animais da fauna silvestre. *In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO AMBIENTE*, 7., 2010. Florianópolis/SC. **Anais...** Florianópolis: [S.n.], 2010.

²²³Ibidem.

Grandes são os prejuízos a saúde humana, envolvendo tanto os trabalhadores do canavial como a população em geral. Em relação aos primeiros, após as queimadas a temperatura dentro dos canaviais atinge os 45°C, gerando queimaduras. Ademais, a fuligem acaba ingressando no corpo do trabalhador por vias aéreas e pela pele, carregando diversos componentes altamente cancerígenos, como os hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPA's). O nível destes componentes encontrado na urina dos trabalhadores durante a safra é nove vezes maior que na entressafra.

A população em geral também é atingida já que rapidamente a fumaça se espalha e atinge as cidades próximas. Diversos são os estudos científicos noticiando as doenças causadas pelas queimadas, dentre os quais: doenças respiratórias, câncer, asma, hipertensão e mutação genética²²⁴.

Danos também são provocados à atmosfera. Durante a queima da palha da cana, são liberados gases hidrocarbonetos responsáveis pelo aumento do efeito estufa e destruição da camada de ozônio, levando ao aquecimento global. Relatório elaborado pela Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental (Cetesb) concluiu que entre 1990 e 2006 as emissões de gases de efeito estufa relacionadas a cana aumentaram 22,7%, principalmente em razão do aumento da área de cana colhida após o processo de queima. Em 2008, estima-se que foram lançados na atmosfera: 75,10 toneladas de CH₄, 1580,76 toneladas de CO, 3,71 toneladas de N₂O e 132,39 toneladas de NO_x²²⁵. Embora as queimadas sejam realizadas localmente, seus efeitos atingem em cerca de dez dias vastas regiões do território nacional, tratando-se de um problema de preocupação nacional, e não apenas local²²⁶.

²²⁴ AGÊNCIA USP. **Asma e Hipertensão Aumentam Durante Queima da Cana-de-açúcar.**

São Paulo: USP, 05.jan.06. Boletim 1774. Disponível

em: <<http://www.usp.br/agen/bols/2006/rede1774.htm#primdestaq>>. Acesso em: 25 set.

2011. No mesmo sentido, HESS, Sônia Corina. *Mortes e doenças relacionadas à Produção de Etanol no Brasil.* Disponível

em: <<http://www.problemasambientais.com.br/poluicao/mortes-e-doencas-relacionadas-a-producao-de-etanol-no-brasil>>. Acesso em: 25 set. 2011;

Cançado JE, Saldiva PH, Pereira LA, Lara LB, Artaxo P, Martinelli LA, et al. *The Impact of Sugar Cane-Burning Emissions on the Respiratory System of Children and the Elderly.* In *Environ Health Perspect*,

2006.114:725-729. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1289/ehp.8485>>. Acesso em: 25 set. 2011.

²²⁵ CETESB. 1º Relatório de referência do Estado de São Paulo de emissões e remoções antrópicas de gases do efeito estufa: período de 1990 a 2008. **Proclima**, São Paulo, p. 19-21, 2011.

²²⁶ AIRES, C.B.; KIRCHHOFF, V.W.J.H. Transporte de monóxido de carbono gerado em queimadas para regiões onde não se queima. **Revista Brasileira de Geofísica**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 61-74, 2001.

Por fim, a utilização das queimadas afeta ainda a própria produtividade da plantação. Como a queima incinera os predadores naturais de pragas da lavoura, impede o controle de pragas por métodos alternativos, aumentando a necessidade da utilização de agrotóxicos. Ainda, a eliminação prematura da queima faz com que o solo perca sua umidade, destruindo a vida microbiana do solo, favorecendo a proliferação de plantas infestantes e levando à ocorrência de erosão e de lixiviação. Em razão de tais fatores, torna-se necessária a utilização de mais agrotóxicos e fertilizantes²²⁷.

A queima da palha da cana-de-açúcar não é um processo indispensável à produção de etanol, havendo métodos de colheita que não se utilizam do fogo, comprovadamente mais vantajosos e sustentáveis. A colheita da cana crua, assim denominada aquela que ocorre sem a queima prévia, tem se mostrado mais vantajosa para os próprios produtores pois ela enseja uma maior conservação do solo, redução no uso de pesticidas e agrotóxicos, consequentemente levando a um aumento na produtividade, além de diminuir os impactos ambientais da produção de biocombustíveis em larga escala. Certos autores têm defendido que a queima da palha representaria ainda um desperdício de energia. Ripoli realizou um estudo que demonstrou que a energia perdida pela queima da palha em cada hectare chega a ser superior a capacidade energética do etanol produzido²²⁸.

Não há que se falar que a não utilização do fogo aumentaria o desemprego e tornaria piores as condições de trabalho. Tais argumentos representam uma falácia do sistema canavieiro para induzirem os trabalhadores a apoiarem a utilização de queimadas. O corte da cana crua reduz a produtividade do corte por pessoa em até 3,6 vezes²²⁹. Isso significa que seriam necessários, em um primeiro momento, mais trabalhadores para a colheita de uma mesma quantidade de cana, o que representa aumento nos postos de emprego.

Quanto à mecanização, trata-se de uma alternativa parcial, eis que não aplicável a todo território canavieiro, face a implicações geológicas (relevos inclinados) e econômicas (alto custo da sua aplicação). Ainda assim, é essencial que seja acompanhada de preparação dos trabalhadores de cana para sua utilização, evitando desemprego funcional. Trata-se inclusive de um direito constitucional (art. 7º: “São

²²⁷GONÇALVES, Daniel Bertoli.op. cit. 2005. p. 157.

²²⁸VEIGA FILHO, Alceu. Fatores explicativos da mecanização do corte na lavoura canavieira paulista. *Informações econômicas*, São Paulo. v.28, n. 11, p. 07-33, nov. 1998. p. 22.

²²⁹GONÇALVES, Daniel Bertoli.op. cit. 2005. p. 160.

direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei”)

3.2.1.1 Regulação normativa

Causando tantos e tão intensos danos socioambientais, fica evidente que a queima da cana não se coaduna com um Estado de Direito Ambiental, e muito menos com a imprescindível sustentabilidade da produção econômica.

Assim, antes de qualquer análise legislativa, é importante ter em mente que, conforme visto, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado configura um direito fundamental do cidadão, ensejando efeitos tanto de ordem subjetiva como objetiva. Ainda, a Constituição Federal estabeleceu deveres fundamentais tanto à coletividade como ao poder estatal. Dessa forma, qualquer atividade que contrarie os dispositivos constitucionais, colocando em risco a garantia fundamental de uma sadia qualidade de vida, será nula de pleno direito, como também as licenças emitidas que permitam tal atividade.

A norma mais antiga referente a utilização de fogo em atividades agropastoris é o revogado Código Florestal, instituído no ano de 1965 pela Lei n.º 4.771, o qual dispõe expressamente ser proibida a queimada:

Art. 27. É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação:

Parágrafo único. Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.

Em sentido semelhante, dispõe o Novo Código Florestal (Lei 12.651/12):

Art. 38. É proibido o uso de fogo na vegetação, exceto nas seguintes situações:

I - em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente do Sisnama, para cada imóvel rural ou

de forma regionalizada, que estabelecerá os critérios de monitoramento e controle;

II - emprego da queima controlada em Unidades de Conservação, em conformidade com o respectivo plano de manejo e mediante prévia aprovação do órgão gestor da Unidade de Conservação, visando ao manejo conservacionista da vegetação nativa, cujas características ecológicas estejam associadas evolutivamente à ocorrência do fogo;

III - atividades de pesquisa científica vinculada a projeto de pesquisa devidamente aprovado pelos órgãos competentes e realizada por instituição de pesquisa reconhecida, mediante prévia aprovação do órgão ambiental o competente do Sisnama.

A controvérsia relativa à interpretação da questão no STJ será nos seguintes tópicos: se a cana de açúcar é considerada “vegetação” ou se o termo refere-se apenas à vegetação nativa; se a exceção referente a peculiaridades locais/regionais inclui atividades econômicas ou se refere-se apenas a particularidades culturais; e, se o licenciamento é possível, quais os requisitos para sua realização.

Há ainda uma série de ações judiciais que questionam apenas o licenciamento da queima. Essas decisões almejam que o licenciamento seja realizado apenas pelo Ibama (e não pelo órgão estadual) e precedido de EIA. São ações recentes, que ainda não chegaram ao STJ. Assim, não serão objetos do presente trabalho.²³⁰

Quanto a esse último tópico, a Constituição dispõe no artigo 225, § 1º, IV a exigência de realização de Estudo de Impacto Ambiental para atividades potencialmente poluidoras de significativa degradação, realizado garantindo-se sua publicidade e garantida a prática de audiências públicas, conforme estabelece expressamente o artigo 3º, da Resolução 237/97 do Conama.

²³⁰ São as seguintes ações: TRF-3, Subseção de Araraquara, ACP n. 0011027-50.2008.4.03.6120, 1 Vara Federal, sentença final prolatada em 23.nov.2009, com efeitos suspensos desde 29.dez.2010 através da decisão do Presidente do TRF-3 por meio da SusExSen n. 0036669-81.2010.4.03.0000; TRF-3, Subseção de São Carlos, ACP n. 2008.61.15.001195-7; TRF-3, Subseção de Ribeirão Preto, 6 Vara Federal, ACP n. 0007860-11.2010.4.03.6102 e AP n. 0006593-38.2009.4.03.6102; TRF-3, Subseção de Franca, 1 Vara Federal, ACP n. 0000264-06.2011.4.03.6113. Uma análise dessas decisões e seus fundamentos é realizada em: NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **A efetivação dos princípios ambientais no Judiciário**: análise jurisprudencial da questão da queima da palha da cana de açúcar. 2011. 180 f. Monografia (Graduação em Direito). Direito, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2011.

A queima da palha da cana de açúcar enquadra-se ainda na definição de poluição da LPNMA, art. 3º, III, eis que causa prejuízos comprovados ao meio ambiente, à saúde e bem estar da população. Assim, enseja responsabilização civil (LPNMA, art. 14, § 1º) e penal (Lei 9605/95, art. 54: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”).

Por fim, um último elemento da legislação federal é o Decreto n. 2661/98 que a título de regulamentar o art. 27 do antigo Código Florestal permite a realização da queima, extrapolando os limites regulamentares e criando exceções onde a lei não previu. Para alguns, o Dec. 2661 foi revogado pelo novo Código Florestal²³¹.

Ainda com a proibição federal, alguns estados têm fornecido, por meio de seus órgãos ambientais, licença para realização de queimadas, utilizando-se de termos como “queima controlada” ou “redução gradativa da queima” para justificar tal prática agrícola. Esse é o caso do estado do Paraná (Resolução da Secretaria Estadual do Meio Ambiente nº 076, de 20 de dezembro de 2010) e do Estado de São Paulo (Lei n. 11.941/2002), conforme será visto detalhadamente abaixo.

Além de violar a sistemática federal de proibição da utilização de queimadas, tais leis apresentam uma antinomia axiológica interna, eis que criadas para promover o “desenvolvimento sustentável” e a própria proteção ambiental. A título de restringir a queima, as leis estaduais permitem a sua utilização, caracterizando uma irresponsabilidade organizada, em que o próprio Estado torna-se conivente com práticas econômicas abusivas de degradação ambiental.

Aqui há um outro ponto de controvérsia jurisprudencial: a análise da constitucionalidade das leis estaduais permissivas e de sua adequação às regras hierarquicamente superiores (legislação federal). Ressalta-se que não se trata de análise de constitucionalidade de lei em tese, o que é vedado em controle difuso e cuja incumbência é privativa do STF. Trata-se de verificação no caso concreto de adequação entre a lei e os mandamentos constitucionais, o que é amplamente aceitável.

Nesse sentido é o posicionamento de Krell, que defende a existência de uma abertura legislativa realizada pela Lei Ação Civil

²³¹STF. Secretaria de documentação, coordenadoria de biblioteca. **Queimadas em canaviais:** Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temáticas. Marco 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/BibliografiaQueimadasCanaviais.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2013

Pública para análise dos Tribunais de atos administrativos que precederam a atividade danosa ao meio ambiente. Assim, a interpretação de conceitos indeterminados da legislação ambiental passa a ser um dever do Judiciário, valendo-se de princípios e valores constitucionais²³².

Por fim, no âmbito local, algumas leis municipais proibiram a queima da cana em seu território, como é o caso de Ribeirão Preto e Araraquara. Aliás, a constitucionalidade dessas leis é questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de Recurso Extraordinário relatado pelo Ministro Fux. Foi reconhecida a repercussão geral no caso e realizada audiência pública. Todavia, a questão ainda não foi julgada²³³.

Concluindo a análise normativa, percebe-se que a questão relativa a queima da palha da cana relaciona-se à interpretação dos dispositivos legais existentes, e não à criação de novas regras. Assim, a questão está vinculada à análise hermenêutica da definição do sentido oferecido pela lei, concretizando suas aplicações no caso concreto. Para tanto, deve o aplicador do direito ter por base os valores axiológicos do direito ambiental, ao invés de se abster à estrita legalidade.

Destarte, com base nos princípios da prevenção de danos ambientais, responsabilidade de longa duração, aplicação da melhor tecnologia possível e sustentabilidade da atividade econômica, não cabe outra leitura possível senão a de que o Código Florestal veda a utilização da queima em canaviais, configurando a sua realização crime ambiental.

3.2.1.2 A questão no estado de São Paulo

A grande maioria das decisões no STJ relativas a queima da palha da cana são provenientes do estado de São Paulo, motivo pelo qual torna-se imprescindível realizar uma análise, ainda que brevemente, da situação dessa prática agrícola naquele estado. Trata-se do estado que possui a maior área plantada de cana de açúcar, responsável pela maior movimentação financeira relativa a sua produção.

²³²KRELL, Adreas J. **Discrecionariade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 64 e ss.

²³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 586224. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236610>> Acesso em: 10 nov. 2013.

Em São Paulo, o licenciamento não é precedido de qualquer estudo científico, sendo a licença concedida tacitamente após solicitação virtual (Lei n. 11.941/2002 complementada pelo Decreto Estadual n. 47700/2003). Determinada legislação prevê a eliminação total das queimadas para o ano de 2021 em áreas mecanizáveis e 2031 para áreas não mecanizáveis e/ou com área total inferior a 15 ha. Ainda, prevê o licenciamento a ser realizado pela Secretaria Estadual do meio Ambiente seguindo-se as seguintes etapas:

I. Envio de requerimento de queima virtualmente, atendidas exigências legais: identificação do produtor, do imóvel e da modalidade de exploração e localização geográfica do imóvel, acompanhada da mensuração das áreas onde é proibida a queima, áreas mecanizáveis e áreas não mecanizáveis (Decreto 47.700/03, art. 10);

II. Realizado o requerimento, o órgão estadual expedirá a autorização em quinze dias. Caso o prazo expire, considera-se automaticamente concedida a respectiva autorização (Lei 12.241/00, art. 6º, § 1º, item 3). Concedida a autorização, o responsável pela queima deverá comunicar o órgão estadual com 96 horas de antecedência da realização da queimada.

Ressalta-se aqui a total incompatibilidade do presente licenciamento ambiental com o dever constitucional de proteção ambiental. A licença é concedida por decurso de prazo, ou seja, tacitamente, não sendo obrigatória a manifestação do Estado para sua realização, violando os mais fundamentais princípios de qualquer Estado Democrático de Direito, como a legalidade, a publicidade, a motivação decisória e a proteção dos direitos fundamentais.

Em relação à jurisprudência, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) possui desde 2005 a Câmara Especial do Meio Ambiente, criada através da Resolução 240/2005, a qual é hoje a responsável por julgar todas as ações que envolvem a questão da queima da palha da cana, em razão do caráter eminentemente ambiental da questão.

A Câmara do Meio Ambiente, desde o momento de sua criação, manifestava-se favorável à queima controlada da cana regulamentada pelos decretos estaduais, permitindo que tal prática se realizasse desde que conforme a legislação estadual. Após uma momentânea mudança nos julgamentos, que passaram a entender inconstitucional a realização da queima controlada por meio do licenciamento estadual²³⁴, o

²³⁴Neste sentido, conferir: ApCiv n. 9218576-26.2008.8.26.0000. Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Eduardo Braga, j. 03.fev.2011. ApCiv 990.10.134267-2, Câmara Reservada ao meio ambiente, j. 25.nov.2010. Rel. Des. Renato Nalini. ApCiv 0000425-

posicionamento consolidado hoje é de que a queima controlada, nos termos previstos pela legislação estadual, é perfeitamente admissível.

Nesse sentido, Embargos de Declaração n. 0001791-57.2006.8.26.0466, relator Antonico Cortez, j. 17.10.13 (“Legalidade da queima controlada, mediante autorização. Constitucionalidade do regramento legal federal e estadual.”); Apelação n. 002004-53.2007..26.0451, relator Moreira Viegas, j. 17.10.13 (“A queima da palha da cana de açúcar não se revela ilegal quando realizada mediante autorização da Cetesb,”); Ap. 0001792-71.2008.8.26.0660, relator Moreira Viegas, j. 26.09.13; Apelação n.0015069-66.2010.8.26.0602, relator Negreni Filho, j. 20.09.2013 (“Queima da palha da cana de açúcar. Abstenção total de tal prática agrícola. Descabimento. Anuência da autoridade competente”); Apelação n. 0014507-72.1010.8.26.0597, relator Paulo Ayrosa, j. 19.09.2013, todas proferidas por unanimidade²³⁵.

As decisões judiciais baseiam-se unicamente na análise da adequação da situação fática (realização da queima) ao dispositivo legal (decretos estaduais), em um método interpretativo subjuntivo clássico.

Assim, percebe-se claramente que no Estado de São Paulo todos os poderes públicos, Legislativo, Judiciário e Executivo, coadunam-se com a realização da queima controlada.

3.2.3 O posicionamento do STJ quanto à queima: inconstitucional, mas possível

A questão que foi colocada para análise do STJ é se o Código Florestal efetivamente proíbe a queima da cana, se existem exceções a essa regra, se o licenciamento estadual (em especial aquele realizado pelo Estado de São Paulo) é possível e, por fim, quais os requisitos de tal licenciamento. Em um primeiro momento, firmou-se uma divergência entre as Turmas da 1ª. Seção: a Primeira permitia a queima, a Segunda proibia-a. Hoje em dia, o posicionamento que parece ter se

76.2004.8.26.0587, Câmara Meio Ambiente, j. 28.04.2011, Rel. Des. Renato Nalini; ApCiv 994.05.035895-8, Câmara Meio Ambiente, j. 25.11.2010, Rel. Des. Renato Nalini. In: NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **A efetivação dos princípios ambientais no Judiciário: análise jurisprudencial da questão da queima da palha da cana de açúcar**. 2011. 180 f. Monografia (Graduação em Direito). Direito, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2011.

²³⁵BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponíveis em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=8A4932046FD5FCDB333BC30994FB4481.cjsg1>> Acesso em: 10 nov. 2013.

consolidado é o da possibilidade da queima desde que autorizada, havendo discordância quanto aos requisitos de tal licenciamento.

A primeira decisão proibitiva das queimadas foi julgada em 27 de outubro de 1998. Trata-se do Recurso Especial n. 161.433, relatado pelo Ministro Parglender,²³⁶ em que a decisão obteve votação unânime da Segunda Turma.

A decisão em questão foi baseada primordialmente no Código Florestal (Lei n. 4771/65), o qual proibia expressamente em seu artigo 27 a utilização de fogo em florestas e demais formas de vegetação, entendendo o relator que a expressão “demais formas de vegetação” incluiria a cultura da cana-de-açúcar, não estando restrito apenas às formas de vegetação nativa.

Em suas razões recursais, o proprietário das terras onde foi utilizada a queimada sustentou que a proibição imediata estaria impedindo o desenvolvimento econômico e social. Contra argumentando referida posição, salientou Parglender que o recorrente já deveria ter introduzido em sua cultura outros métodos que não as queimadas, o que evidencia um posicionamento deste Tribunal pela busca de formas mais adequadas de desenvolvimento econômico que levem em consideração o meio ambiente. Muito embora não haja referência expressa ao desenvolvimento sustentável, parece ser essa a ideia que permeia o posicionamento do relator Parglender.

Em contraposição, no REsp 294.925/SP, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira, julgado em 3 de outubro de 2002 pela 1ª. Turma, restou decidido, por maioria, pela inexistência de regra expressa proibitiva das queimadas, devendo “prevalecer o interesse econômico”²³⁷.

No voto vencedor, proferido pelo Ministro José Delgado, restou consignado que o Direito deve ser “defendido e interpretado de acordo com a realidade vivida pelo homem”,²³⁸ a qual é complexa e não se restringe aos âmbitos estatal e ambiental. É uma realidade que envolve vários fatores que influenciam o intérprete. Ressalta também o julgador

²³⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 161.433/SP, rel. Min. Ari Parglender, j. 27 out. 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700938859&dt_publicacao=14/12/1998> Acesso em: 30 out. 2013.

²³⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 294.925/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 03 out. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200001382110&dt_publicacao=28/10/2003> Acesso em: 30 out. 2013.

²³⁸Ibidem.

a necessidade de proteção ambiental, para as presentes e futuras gerações.

No entanto, entende o Ministro Delgado que

a queimada é feita uma vez por ano [...] e os estudos de impacto ambiental que já foram apresentados a respeito demonstram que o mal que traz ao meio ambiente não é da potencialidade que se prega, porque é um tipo de poluição que, além de ser temporária, facilmente se dilui no ar²³⁹.

Assim, nega a existência de graves danos ambientais.

Quanto à proibição, Delgado entende que as queimadas são seculares e necessárias para a produção canavieira, incluindo-se na exceção do parágrafo único do art. 27 (peculiaridades regionais e locais) de forma que tal prática é legal. Ainda, para o julgador a proibição da queima refere-se apenas a vegetações e florestas, e não a culturas renováveis.

Seguindo o voto vencedor, afirmou Luiz Fux que o parágrafo único do art. 27 do antigo Código Florestal possibilitava a permissão da queima pelo poder público, seja ela por qual meio for (legislativo ou executivo). Ainda, a proibição da queima da cana estaria relacionada ao conflito entre a proteção ambiental e “erradicação da pobreza, das desigualdades e da valorização do trabalho”. Assim, “no balanceamento desses valores constitucionais em jogo, sobreleva, sem dúvida alguma, o valor trabalho, até porque propicia o valor maior, que é a sobrevivência e a vida digna”, de forma que o impedimento da realização da queima seria uma ilegalidade, já que levaria à proliferação da pobreza²⁴⁰.

Ainda acompanhando o Ministro Delgado, votou o Ministro Humberto Gomes de Barros e já no início anuncia “sou neto de usineiro e fui, também, plantador de cana”, afirmando ter muita honra de seu passado. Cita em seguida trechos de um poema de sua autoria:

‘Por causa dos pêlos e por ser serrilhada, a cana se corta depois de queimada’. Meus versos

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 294.925/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 03 out. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200001382110&dt_publicacao=28/10/2003> Acesso em: 30 out. 2013.

dissertam, mais adiante, a respeito do carvão, esclarecendo como é o fogo na cana; nada mais que fogo de palha. Dele resulta, realmente, em um carvão preto, o qual, em figura poética, denominei ‘mariposas vestidas de luto’²⁴¹.

Analisando a questão econômica, a queima é defendida para facilitar o trabalho do cortador de cana. Ainda, defende-se que a mecanização como alternativa geraria desemprego. Ademais, “a preocupação com os malefícios ecológicos da queima da cana, é exagerada” já que “sob o aspecto da poluição, a queima da cana é mínima, pois não incomoda as cidades”²⁴².

Trata-se da primeira decisão com referência expressa ao método interpretativo, já que o Min. Delgado afirma a essencialidade de que a análise do direito deve ser realizada com base na realidade, e não meramente pela literalidade da lei. Deixa de considerar o Ministro, todavia, que a realidade contemporânea é complexa e multifacetada, sendo primordial apreende-la no seu todo. Assim, a escolha por “observar a realidade” deve passar por uma análise de qual a realidade que será analisada, o que não ocorreu no caso.

No caso concreto, não se considera a realidade dos cidadãos que moram próximos a canaviais, submetidos à exposição constante a componentes nocivos. Também não se considera a realidade dos cortadores de cana, um dos piores empregos e mais próximo à escravidão existente, submetidos ao calor de 45°C dos canaviais após as queimadas e a exposição diuturna a agentes cancerígenos. Tampouco a realidade científica é considerada, pois os estudos de pesquisadores renomados quanto aos malefícios da queima são simplesmente ignorados. Por fim, em um viés antropocêntrico, a realidade ambiental também não é analisada, já que a proteção desta não poderia, jamais, na visão dos julgadores, impedir o desenvolvimento econômico.

É fato que a análise da realidade é primordial para uma correta compreensão da lei, eis que a aplicação desta nada mais é que a fusão entre os horizontes da realidade passada e presente, com vistas a uma realidade futura. No entanto, sendo a realidade complexa, todas as suas esferas devem ser consideradas, ponderadas e analisadas, pois a análise

²⁴¹Ibidem.

²⁴²BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 294.925/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 03 out. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200001382110&dt_publicacao=28/10/2003> Acesso em: 30 out. 2013.

unidimensional da realidade pode levar a injustiças gravíssimas. Ressalte-se, todavia, que não apenas realidades diferentes devem ser analisadas, mas também a relação entre todas elas e os mecanismos pelos quais é estabelecida a interdependência entre elas. Em outras palavras, fatores científicos, sociais, trabalhistas, urbanísticos, ambientais e econômicos possuem uma relação e interdependência inerente, a qual influencia na formação da norma jurídica.

No REsp ora em análise, essa interdependência não foi completamente analisada. No voto do Ministro Fux, ressalta-se que as queimadas devem ser mantidas para evitar o desemprego, haja vista a relação entre trabalho, vida, dignidade e combate à pobreza. Todavia, o voto é omissivo quanto à relação entre dignidade, saúde e proteção ambiental, como se fosse possível a construção de “vida com dignidade” sem a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda, considera-se a defesa de um posto de trabalho imprescindível, independentemente da situação em que este é realizado.

Como visto no tópico anterior, não é aceitável o argumento de que a vedação da queima levaria ao desemprego, pois em alguns casos essa proibição aumentaria o número de empregos, já que o corte da cana crua diminui a produtividade por trabalhador e a mecanização não é possível em todas as áreas. Ainda, vale lembrar que a Constituição Federal, em um viés social e protecionista, oferece uma ampla proteção ao trabalhador, não sendo aceitável a super exploração do trabalhador e muito menos sua submissão a condições de trabalho muito similares à escravidão (mal remunerado, jornadas exaustivas, sem utilização de equipamentos de segurança, etc.)²⁴³.

No mesmo sentido, entendendo possível a prática, será o RESP 345.971/SP, relatado pelo Ministro Falcão e julgado pela 1ª Turma em 14 de fevereiro de 2006. Por unanimidade, entendeu a Turma que a exceção do parágrafo único do art. 27 do Código Florestal proporciona ao Poder Público a permissão da queima, o que ocorreu mediante o Decreto 2.661/1998 que estabeleceu a queima controlada²⁴⁴.

O Superior Tribunal de Justiça irá se manifestar novamente de maneira favorável à proibição das queimadas no Recurso Especial 439.456/SP, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha e julgado

²⁴³TALAMONE, Rosemeire Soares. Pior que escravos. **Jornal da USP**, Ribeirão Preto, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.pastoraldomigrante.org.br/>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

²⁴⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 345.971/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 14 fev. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200101216214&dt_publicacao=06/03/2006> Acesso em: 30 out. 2013.

em 03 de agosto de 2006. Na ocasião, Noronha manifesta expressamente a preocupação com um desenvolvimento sustentado. A conciliação entre interesses econômicos e qualidade de vida da população é utilizada expressamente como razão de julgamento²⁴⁵.

Um aspecto interessante do julgamento do REsp 439.456 é que, embora o relator entenda controversa a comprovação dos danos causados pela queimada, afirmando faltarem estudos conclusivos quanto a questão, conclui não ser necessário conhecimento científico para perceber que se trata de um procedimento antinatural, agressivo ao meio ambiente e que libera poluição atmosférica. Assim, embora a decisão reconheça a poluição causada pelas queimadas, afirma não existirem provas conclusivas quanto à extensão do dano provocado, o que torna impossível a aferição da extensão do dano e, conseqüentemente, da indenização cabível.

Tal qual no julgamento do REsp 161.433, entende-se que a proibição deve ser baseada no artigo 27 do Código Florestal, sendo cabível uma interpretação ampliativa da expressão “demais formas de vegetação”, de forma a abranger formas de vegetação permanentes ou renováveis.

Embora progressista no reconhecimento da necessidade do desenvolvimento sustentável, referido acórdão retrocede ao reconhecer a legalidade da instituição da queima controlada da cana-de-açúcar regulamentada pelo Decreto 2.661/98. Dessa forma, postula o acórdão que a utilização das queimadas é permitida desde que seja realizada após obtenção de licença. Como no caso concreto o poluente não possuía a licença, é obrigado a se abster de realizar o preparo do solo por meio das queimadas.

Esse posicionamento fica mais evidente nos Embargos de Divergência interpostos no REsp 439.456, em que se reafirma a possibilidade de realização das queimadas desde que precedidas de autorização do Poder Público.

Houve em seguida o julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.094.873/SP, relatado pelo Ministro Martins, julgado em 04 de agosto de 2009, decidido por unanimidade pela 2ª. Turma²⁴⁶.

²⁴⁵BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 439.456/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03 ago 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200654347&dt_publicacao=26/03/2007> Acesso em: 30 out. 2013.

²⁴⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos Edcl em REsp n. 1.094.873/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 04 ago 2009. Disponível em:

Trata-se de uma importante decisão que demonstra a sensibilização do Tribunal com as questões ambientais, evidenciando um claro amadurecimento no relacionamento com a questão. Pode-se dizer que referida decisão está de acordo com os anseios de um Estado Ambiental de Direito. Defende-se um direito ambiental de segunda geração, em que há uma maior preocupação com a produção de riscos e com a questão das mudanças climáticas mundiais.

Na análise da questão ambiental, salienta Martins a essencialidade do estudo e da utilização de elementos metajurídicos, tais quais a química, a física, a biologia, entre outros, não devendo o jurista estar adstrito a questões meramente jurídicas. Partindo desse pressuposto, é realizada uma análise dos danos provocados pelas queimadas com base em estudos científicos das mais diversas áreas. Ao contrário do REsp 439.456/SP, em que não se reconheceu conclusivamente os danos pelas queimadas, aqui é reconhecida a comprovação dos danos ambientais através de estudos científicos citados no voto do relator.

A questão da proibição é analisada novamente a partir do antigo Código Florestal, artigo 27. Para interpretação do referido dispositivo normativo, o autor faz referência expressa à utilização de elementos hermenêuticos da semiótica jurídica, considerando elementos semânticos (pertinência das palavras com seus objetos), pragmáticos (relações exógenas aos signos) e sintáticos (relações entre os signos). Assim, reconhece Martins que a modificação na realidade modifica o conteúdo da norma jurídica, devendo o código florestal ser interpretado de acordo com tais mudanças. Nas palavras do relator: “A atividade do aplicador do Direito é, antes de qualquer classificação, uma atividade interpretativa. Por mais clara que seja a norma jurídica, haverá sempre interpretação, mesmo que para chegar à conclusão de que a disposição legal é cristalina”²⁴⁷.

Realmente, em vista da ampla positivação do direito ambiental em leis dispersas e por vezes incompatíveis, a utilização da hermenêutica é um instrumento imprescindível para concretização do direito ambiental, demonstrando o relator do presente acórdão consciência dessa necessidade. Somente através da modificação do

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802154943&dt_publicacao=17/08/2009> Acesso em: 30 out. 2013.

²⁴⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos Edcl em REsp n. 1.094.873/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 04 ago 2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802154943&dt_publicacao=17/08/2009> Acesso em: 30 out. 2013.

modo como o direito é entendido é possível tornar realidade a proteção ambiental, tal qual ocorre na presente decisão, em que através da utilização de elementos da semiótica constrói-se uma interpretação a favor da proteção ambiental.

A hermenêutica será utilizada para interpretação do parágrafo único do artigo 27 do Código Florestal de 1965, o qual estabelece “se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução”²⁴⁸.

Para Martins, tal dispositivo legal traz imanente a si o conflito entre dois bens jurídicos: a preservação do meio ambiente e proteção da identidade cultural de uma determinada comunidade. Para sua interpretação, seria essencial a análise de diversos outros dispositivos legais em um cotejo sistemático da questão. Dessa forma, devendo as exceções serem interpretadas de forma restritiva e existindo instrumentos adequados à produção agrícola que substituam a utilização das queimadas, se faz evidente que a utilização de queimadas na produção da cana-de-açúcar não está inclusa na exceção prevista no parágrafo único, sendo vedada pelo *caput* do artigo.

Diante dessas considerações, considera o relator ilegal a queima controlada da cana prevista no Decreto 2.661/98, já que contraria a disposição de norma federal hierarquicamente superior, qual seja, o Código Florestal.

Por fim, conclui o relator afirmando que “a atividade [agrícola] deve ser desenvolvida com os instrumentos e a tecnologia industriais modernos de redução de impacto ambiental”²⁴⁹, manifestando claramente uma opção por um desenvolvimento sustentável e condizente com os fundamentos e ideais de um Estado Socioambiental de Direito, conforme ressaltado por Ayala comentando a presente decisão:

Nesse plano de abordagem, a afirmação de que determinadas práticas produtivas ou alternativas tecnológicas para a exploração dos recursos

²⁴⁸BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos Edcl em REsp n. 1.094.873/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 04 ago 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802154943&dt_publicacao=17/08/2009> Acesso em: 30 out. 2013.

²⁴⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos Edcl em REsp n. 1.094.873/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 04 ago 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802154943&dt_publicacao=17/08/2009> Acesso em: 30 out. 2013.

naturais, são incompatíveis perante os objetivos definidos pela ordem constitucional, e perante o dever constitucional de reduzir e assegurar a redução dos riscos, além de assegurar de forma imediata, a atribuição de um dever de restaurar danos ou de repará-los (atuando de forma subsidiária às medidas preventivas e precaucionais capazes de conter a perda de biodiversidade) também produz resultados indiretos, ao influenciar a revisão das práticas e processos produtivos nocivos (e assim, contribuir para viabilizar o resultado do conjunto das medidas de mitigação que sejam adotadas)²⁵⁰.

Até esse momento, parecia que a jurisprudência da 2ª. Turma do STJ teria se firmado pela impossibilidade da queima da cana e mesmo de autorizações legais/administrativas para sua realização. Dentro dessa Turma, percebe-se uma evolução nas decisões no seguinte sentido: primeiramente, reconhecendo a proibição, não reconhecendo a certeza do dano e permitindo a autorização; em seguida reconhecendo a proibição, reconhecendo a certeza do dano e permitindo a autorização e, por fim, reconhecendo a proibição, reconhecendo a certeza do dano e não permitindo qualquer tipo de autorização para a queima.

No entanto, nas decisões que se seguiram, há uma modificação no entendimento dessa Turma, que passará a admitir autorizações.

No REsp 965.078/SP, relatado pelo Ministro Benjamin e julgado em 20 de agosto de 2009, decidido por unanimidade, a queima da cana é entendida como ilegal, extremamente poluidora e inconstitucional. No entanto, reconhece o acórdão a possibilidade de autorização estadual, desde que “específicas, excepcionais, individualizadas e por prazo certo”, exigindo-se Estudo Prévio de Impacto Ambiental²⁵¹.

Com base em uma interpretação do artigo 27 do antigo Código Florestal, afirma o relator que “a Segunda Turma do STJ reconheceu a ilegalidade da queima de palha de cana-de-açúcar, por se tratar de atividade expressamente proibida pela legislação federal, em virtude dos

²⁵⁰AYALA, Patryck. Constituição ambiental e sensibilidade ecológica: notas para a reflexão sobre um direito ambiental de segunda geração na jurisprudência brasileira. **Revista de Direito Ambiental**, v. 60, ano 15, p. 11-41, out./dez. 2010. p. 39.

²⁵¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 965.078/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20 ago. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602636243&dt_publicacao=27/04/2011> Acesso em: 30 out. 2013.

danos que provoca ao meio ambiente”²⁵². No entanto, a decisão é contraditória e retrocessiva em relação ao AgRg nos EDcl em REsp n. 1.094.873/SP, pois possibilita o licenciamento estadual, ainda que condicionando-o a diversas exigências e reconhecendo a possibilidade de responsabilização civil por danos ambientais mesmo no caso de atividade licenciada. É inegável a grandiosidade argumentativa da presente decisão, que reconhece a ilegalidade da queima e ainda submete a sua realização a diversos requisitos.

Há um retrocesso maior ainda no que tange ao AgRg em REsp n. 1.038.813/SP, relatado pelo Ministro Marques e julgado também em 20 de agosto de 2009. Enquanto a decisão anterior condicionava a autorização estadual a uma série de requisitos, a presente decisão alega simplesmente que “a queimada de palha de cana-de-açúcar causa danos ao meio ambiente, motivo pelo qual sua realização fica na pendência de autorização dos órgãos ambientais competentes”²⁵³.

Parece ser esse o posicionamento atual dentro do Superior Tribunal de Justiça. Também a 1ª. Turma, no AgRg em REsp 1.112.808, relatado pelo Ministro Carvalhido, julgado em setembro de 2009, já se manifestou entendendo “possível o emprego de fogo como método despalhador e facilitador do corte de cana-de-açúcar, devendo ser observados os requisitos expressos em lei”²⁵⁴.

Solucionando uma aparente divergência entre as Turmas (já que a 1ª. Turma permitia a queima e a 2ª. Turma vedava-a, salvo autorizada), haverá o julgamento pela 1ª. Seção dos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) n. 418.565, relatado pelo Ministro Zavascki, julgado em 20 de setembro de 2010²⁵⁵. A decisão entende que a proibição do art. 27 do Código Florestal abrange a cana-de-açúcar, mas que sua queima pode ser realizada mediante prévia autorização (conforme disposição do Dec. 2.661/98), resguardadas “exigências

²⁵²Ibidem.

²⁵³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg em REsp n. 1.038.813/SP, rel. Min. Mauro Campbel Marques, j. 20 ago. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800532163&dt_publicacao=10/09/2009> Acesso em: 30 out. 2013.

²⁵⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.112.808/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 03 set. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900538999&dt_publicacao=21/09/2009> Acesso em: 30 out. 2013.

²⁵⁵BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EREsp 418.565/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 20 set. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900435493&dt_publicacao=13/10/2010> Acesso em: 30 out. 2013.

constitucionais e legais inerentes à tutela ambiental, bem como da responsabilidade civil²⁵⁶.

Não há especificações de quais seriam tais exigências para o licenciamento, de forma que a controvérsia continuará. A grande maioria dos Recursos analisados pelo STJ foram provenientes do estado de São Paulo, em que a licença ambiental é concedida independentemente de qualquer estudo ambiental aprofundado. Aliás, a licença ambiental é concedida tacitamente (por decurso de prazo) após uma solicitação virtual. Ao não especificar as exigências, o STJ permite que licenciamentos como este, ainda que frontalmente inconstitucionais, sejam considerados legais pelo Judiciário (o que de fato ocorreu, conforme será visto).

É fato que em nosso ordenamento jurídico uma lei continua a ter vigência até ser expressamente revogada por outra lei ou ainda ter sua inconstitucionalidade declarada em controle direto efetuado pelo STF. Assim, essa afirmação justificaria a manutenção do licenciamento estadual previsto na legislação paulista. Entretanto, a análise que se pressupõe no presente trabalho está relacionada com a concretização da Constituição por meio de decisões judiciais, ampliando-se a análise de legalidade para uma análise de constitucionalidade. Logo, não se justificaria aplicar força normativa superior a uma lei estadual do que à Constituição.

Na tentativa de conciliação entre dois posicionamentos extremamente divergentes de suas Turmas, a solução que a 1ª. Seção adotou acaba por ser contraditória em seus próprios termos: a queima da cana é inconstitucional, mas pode ser autorizada. Ainda, ao deixar de especificar quais seriam as exigências a serem seguidas por tal autorização, mantém o STJ um ponto de divergência entre suas Turmas.

Outro ponto importante a ser salientado é o fato de que muito embora tivéssemos concordância entre as Turmas quanto ao provimento final relacionado à questão, continua sendo perceptível uma maior sensibilização ambiental da 2ª Turma em relação à 1ª, o que fica visível na análise dos casos julgados após o EREsp. n. 418.565, que será realizada abaixo.

A 2ª. Turma julgou o REsp n. 1.179.156/PR em 12 de abril de 2011, entendendo por unanimidade que “a queimada de palha de cana-de-açúcar causa danos ao meio ambiente, motivo pelo qual sua

²⁵⁶Ibidem.

realização fica na pendência de autorização dos órgãos ambientais competentes²⁵⁷. O acórdão foi relatado pelo Ministro Marques.

Preliminarmente, entendeu cabível o Recurso, haja vista tratar-se de questão puramente jurídica, quanto à necessidade de autorização para realização da queima, e não análise de situação fático probatória (afastando a aplicação da Súmula 7 do STJ).

Quanto ao mérito, o relator valeu-se da afirmação de que em questões ambientais apenas a possibilidade de que danos ocorram já justifica a proteção ambiental, mesmo que haja incerteza científica. Muito embora o relator faça referência ao princípio da prevenção, trata-se claramente do princípio da precaução.

Outro ponto analisado diz respeito à interpretação dada à expressão “demais formas de vegetação” constante no antigo Código Florestal, art. 27, de forma a incluir culturas renováveis. Todavia, entende o relator constitucional o Dec. 2661/98, que possibilita autorização para realização de queimada. Assim, é dado provimento ao REsp.

Em sentido semelhante é o REsp. n. 1.285.463/SP, relatado pelo Ministro Martins e julgado em 20 de fevereiro de 2012 pela 2ª. Turma, em que restou consignado que os princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável, bem como a ponderação entre direitos conflitantes, enseja a proibição da realização da queima, salvo autorizada²⁵⁸. A decisão foi unânime. Tratava-se da análise de acórdão estadual que entendia possível a queima face à incerteza quanto à produção dos danos e aos benefícios obtidos pela produção da cana-de-açúcar.

A decisão vale-se do princípio da precaução para afirmar que a proteção ambiental é incondicionada a certezas científicas, eis que a ausência desta incita o julgador a agir com prudência. Com base na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, afirma o julgador que a precaução enseja a adoção imediata de medidas eficazes para a proteção ambiental.

²⁵⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.179.156/PR, rel. Min. Mauro C. Marques, j. 12 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000207333&dt_publicacao=27/04/2011> Acesso em: 30 out. 2013.

²⁵⁸BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.285.463/SP, 2ª. Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 20 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101904332&dt_publicacao=06/03/2012> Acesso em: 30 out. 2013.

Utiliza-se novamente a ideia de ponderação, fundamentada e racional, para resolução entre o patente conflito entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico, bem como a preservação de manifestações culturais. Assim,

as atividades agroindustriais, ante o seu poder econômico, não podem valer-se da autorização constante no art. 27, parágrafo único do Código Florestal para realizar queimadas, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente. Em tais situações, estaria vedado ao Poder Público emitir essas autorizações²⁵⁹.

Há referência expressa aos precedentes AgRg nos EDcl no REsp 1094873/SP, AgRg no REsp 1038813/SP e REsp 1000731, todos da 2ª. Turma e ao EREsp 418.565/SP, da 1ª. Seção. Até aqui, a decisão parece indicar a impossibilidade da autorização estatal para queima da cana. Mas o relator prossegue:

Ademais, aqui em *obiterdictum*, ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas industriais, a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e o licenciamento, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente²⁶⁰.

A decisão final foi no sentido de dar provimento ao REsp, reformando a decisão do Tribunal estadual que entendia possível a realização da queima. Estando baseada em uma hermenêutica ancorada em princípios e valores ecológicos, bem como tendo realizado a devida ponderação entre direitos conflitantes, apresenta a decisão uma

²⁵⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.285.463/SP, 2ª. Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 20 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101904332&dt_publicacao=06/03/2012> Acesso em: 30 out. 2013.

²⁶⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.285.463/SP, 2ª. Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 20 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101904332&dt_publicacao=06/03/2012> Acesso em: 30 out. 2013.

sensibilidade ecológica. No entanto, a afirmação em *obiterdictum* quanto à possibilidade de realização da queima abre uma exceção à proibição, de forma a adequar à decisão ao entendimento da 1ª. Seção no REsp 418.565/SP.

A outra decisão posterior aos Embargos de Divergência n. 418.565/SP foi o AgRg em AgREsp n. 48.149/SP,²⁶¹ relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, julgado pela 1ª. Turma em 12 de abril de 2012. Por unanimidade, entendeu a Turma, em relação a queima da cana, que “tal atividade, embora cause inegáveis danos ao meio ambiente, não é ilegal, desde que sua realização seja expressamente autorizada pelos órgãos ambientais competentes, como no caso presente”.

Com base nos precedentes REsp 1.179.156/PR e AgRg no REsp 1.112.808/GO (respectivamente da 2ª. e da 1ª. Turma), afirma o relator que seria uniforme na jurisprudência do STJ que, não obstante os danos provocados pela queima, sua realização é legal desde que autorizada. Como o acórdão estadual recorrido havia se manifestado no sentido de permitir a queima quando autorizada pelo Estado, entende o relator ser incabível Recurso Especial, com base na Súmula do STJ 83 (“Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”).

Ainda, a análise do mérito do recurso é afastada pois, no entendimento do relator, ensejaria reexame fático probatório vedado pela Súmula n. 7 daquele Tribunal. Conforme já analisamos em outros casos, a questão da proibição ou não da queima é estritamente jurídica, e não envolve a revisão de provas. Ainda, em casos complexos como os ambientais, a aplicação da referida súmula deve ser ponderada de forma a permitir a solução da controvérsia.

Ressalta-se que a hipótese analisada no presente caso assemelha-se muito a outros casos analisados pelo STJ, como os dois últimos casos analisados, sendo o não reconhecimento do Recurso um artifício inovador. Ademais, ao contrário do que entendeu a 2ª. Turma, a questão referente a possibilidade da queima é considerada uma questão fática, e não uma questão jurídica.

Assim, mesmo após uma aparente unificação jurisprudencial promovida pela 1ª. Seção, verifica-se a mesma disparidade que já estava

²⁶¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça AgRg em AgREsp n. 48.149/SP, 1ª. Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12 abr. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101328367&dt_publicacao=17/04/2012> Acesso em: 30 out. 2013.

evidenciada na análise do dano extrapatrimonial coletivo: enquanto a 2ª. Turma apresenta decisões ancoradas em um Estado de Direito Ambiental, baseadas em princípios e valores ecológicos assegurados constitucionalmente, a 1ª. Turma afasta a análise do mérito da questão por fatores procedimentais, mantendo decisões que contrariam frontalmente a proteção constitucional ambiental.

Importante ainda citar outras duas decisões do Superior Tribunal de Justiça que tratam da questão da utilização de queimadas em práticas agropastoris. Embora tais decisões não proíbam diretamente sua utilização, demonstram um posicionamento claro do Tribunal no sentido de buscar a efetivação da tutela ambiental.

A primeira é o Recurso Especial 1.000.731/RO relatado pelo Ministro Herman Benjamin, em que se discutia a legitimidade da cobrança de multa pelo IBAMA em razão de realização de queimada de pastagens realizada pelo recorrente²⁶².

Ressaltou o relator:

As queimadas são incompatíveis com os objetivos de proteção do meio ambiente estabelecidos na Constituição Federal e nas normas ambientais infraconstitucionais. Sobretudo em época de mudanças climáticas, qualquer exceção a essa proibição geral, além de prevista expressamente em lei federal, deve ser interpretada restritivamente pelo administrador e juiz²⁶³.

Referida decisão faz menção expressa à preocupação com as mudanças climáticas mundiais, evidenciando uma maior sensibilidade do poder Judiciário com a questão ambiental. Ainda, corrobora o entendimento postulado no AgRg nos EDcl no REsp 1.094.873/SP, segundo o qual as exceções à utilização de queimada devem ser interpretadas restritivamente.

Já a segunda decisão, diz respeito ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 14.218/SP, julgado pela Quinta Turma do STJ e

²⁶²BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.000.731/RO, 2a. Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 25 ago. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200702548118&dt_publicacao=08/09/2009> Acesso em: 30 out. 2013.

²⁶³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.000.731/RO, 2a. Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 25 ago. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200702548118&dt_publicacao=08/09/2009> Acesso em: 30 out. 2013.

relatado pelo Ministro Jorge Scartezzini²⁶⁴, que analisa a questão da possibilidade de criminalização da conduta de utilização da queimada da palha da cana-de-açúcar, a qual causaria danos ao meio ambiente, à rede elétrica e à saúde da população local. A conduta encontra-se tipificada no art. 54 da Lei 9.605/98.

Afirma o relator que “a queima descontrolada e ilegal da lavoura canavieira pode ser extremamente prejudicial ao ambiente, podendo causar o extermínio de animais e vegetais, além da emissão excessiva de poluentes na atmosfera”.

Dessa forma, a conduta será considerada crime sempre que ocorrer em desconformidade com medidas de precaução exigidas, causar danos à saúde da população ou a mortandade de animais e plantas de determinada região.

Em síntese, após um longo percurso jurisprudencial e após diversas divergências, o STJ atualmente reconhece os danos ambientais provocados pelas queimadas, reconhece sua incompatibilidade com os objetivos constitucionais, sustenta a necessidade de um desenvolvimento sustentável e ainda assim permite que a queima ocorra desde que autorizada pelo órgão ambiental.

Embora algumas decisões tenham explicitado condicionantes para a realização do licenciamento, em especial as decisões da 2ª Turma (como a excepcionalidade, a temporariedade e a realização de EIA), a posição predominante é a de considerar legal o licenciamento concedido independentemente de tais regras.

Não bastasse a própria contradição ínsita de tal entendimento, fere-se frontalmente a Constituição Federal, atribuindo a um Decreto (Dec. n. 2661/1998) força normativa superior a Carta Magna e aos valores a ela inerentes.

Embora tenha havido um momentâneo entendimento de que não seria nunca permitida a queima da cana (REsp n. 1.094.873/SP) em uma decisão muito bem construída e fundamentada, manteve o Superior Tribunal de Justiça uma prática extremamente poluidora e socialmente deletéria, gerando injustiças sociais magnânimas, com o enriquecimento dos produtores de cana a custo da saúde e dignidade de toda uma população.

²⁶⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 14.218/SP, 5ª. Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 28 abr. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300387109&dt_publicacao=28/06/2004> Acesso em: 30 out. 2013.

Também é possível perceber uma evolução na argumentação permissiva da queima da cana, partindo da negação do dano ambiental provocado e afirmação de prevalência do desenvolvimento econômico para o reconhecimento do dano e afirmação da necessidade de um desenvolvimento sustentável, sem modificação, no entanto, nos efeitos práticos da decisão. O discurso da sustentabilidade passa a ser utilizado justamente para justificar a prática agrícola da queima, instrumentalizando os princípios ambientais para manutenção de prática ambientalmente poluidora.

Ressalta-se também que o mesmo argumento é utilizado tanto por aqueles que defendem a queima como por aqueles que são contrários a sua utilização: o desenvolvimento sustentável. Isso demonstra a vagueza do conceito, que ao propor a conciliação entre fatores ambientais e desenvolvimento econômico, o faz de forma ampla e dissociada de critérios específicos de aferição no caso concreto.

Por derradeiro, é primordial destacar que a tarefa do julgador de temáticas ambientais não é, de forma alguma, uma empreitada simplória. Submete-se o juiz a diversas condicionantes no momento de sua decisão, como a existência de precedentes jurídicos, sumulados ou não. A decisão da 1ª. Seção²⁶⁵, órgão hierarquicamente superior às Turmas, refreia a atuação dos julgadores, limitando uma decisão contrária a seus termos. Ademais, a existência de entraves procedimentais legalmente previstos, como o juízo de admissibilidade, restringe a atuação do julgador, que não pode se eximir de cumpri-los.

Justamente por esse motivo é que destacam-se em importância e reconhecimento aqueles julgadores que conseguem, superando todas as situações adversas, promover a proteção do bem jurídico ambiental. Assim, Ministros como Benjamin e Martins representam um exemplo de comprometimento com o direito ambiental, promovendo a concretização da justiça ambiental e assegurando que o art. 225 da Constituição não se torne letra morta. Representam, definitivamente, um exemplo para os demais julgadores.

3.3 CONCLUSÃO PARCIAL

²⁶⁵BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 14.218/SP, 5ª. Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 28 abr. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300387109&dt_publicacao=28/06/2004> Acesso em: 30 out. 2013.

A legislação brasileira possui como característica intrínseca a permeabilidade de seus dispositivos e a multiplicidade de suas regras, que sobrepõem-se e colidem inelutavelmente. Além desse aspecto interno ao direito ambiental, é possível verificar também a conflitualidade entre esse campo jurídico e outros direitos fundamentais, como a proteção cultural, a livre iniciativa, o desenvolvimento econômico e a proteção ao trabalhador. Assim, configurando os casos ambientais verdadeiros *hard cases*, a existência de divergências jurisprudenciais acaba sendo característica ordinária desse ramo do direito.

É justamente por tal motivo que a atuação de um órgão jurisdicional superior torna-se imprescindível, atuando como mecanismo de uniformização jurisprudencial através do fornecimento de parâmetros decisórios para atuação dos tribunais inferiores. Não se nega que a concretização de dispositivos ambientais ocorre apenas diante do caso concreto e da análise pormenorizada de cada situação posta. No entanto, é forçosa uma padronização em coordenadas hermenêuticas e princípios instrumentais, integrando a norma ambiental em um sistema axiológico complexo e multifacetado, de forma a aumentar sua efetividade.

Em território pátrio, a incumbência de uniformização jurisprudencial foi atribuída constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça. Em matéria ambiental, entretanto, ainda resta muito a ser consolidado por esse Tribunal. A análise dos casos precedente buscou demonstrar divergências e incongruências dentro do próprio STJ, havendo decisões dissonantes entre suas Turmas, o que corrobora a dificuldade de aplicação do direito ambiental.

Não se nega que a atuação desse Tribunal merece grandes elogios em diversos outros casos em matéria ambiental, em que atuou de forma a uniformizar a jurisprudência e concretizar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Seriam exemplos de tais casos: a inversão do ônus da prova para comprovação de dano ambiental, face à aplicação do princípio da precaução (RESp n. 1.060.753/SP); a responsabilidade *propter rem* daquele que suprime vegetação nativa; o reconhecimento da função socioambiental da propriedade, dentre outros²⁶⁶.

Em tais casos, diante de uma patente divergência jurisprudencial, o STJ irá atuar de forma a concretizar a proteção ambiental no caso

²⁶⁶STJ. **Juízes federais debatem jurisprudência ambiental do STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101187&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=jurisprudencia%20ambiental>. Acesso em: 31 out. 2013.

concreto, valendo-se de princípios instrumentais ligados a uma hermenêutica ecologicamente fundada. Assim, reconhecendo-se a importância dessas decisões, não se pretende aqui acusar tal Tribunal de decisões anti-ecológicas, mas sim demonstrar que muito ainda há a ser concretizado.

Em outras palavras, diante da magnitude da atribuição constitucional do Superior Tribunal de Justiça, grande é o desafio a ser encarado. Muito embora parte do caminho já tenha sido trilhada com suntuosa jurisprudência ambiental, ainda restam questões a serem consolidadas.

O caso do reconhecimento do dano extrapatrimonial demonstrou, em uma primeira análise, a existência de divergência entre as Turmas do STJ: uma reconhecendo o dano moral ambiental e a outra vinculando o dano moral à noção de dor individual, incompatível, destarte, com a transindividualidade. Já em uma segunda análise, percebe-se a utilização de uma fundamentação relativa a exigências procedimentais para deixar de analisar o mérito da questão. Vale aqui o ensinamento de Azevedo, que ressalta:

Dado relevante da crise do direito, no Brasil, acha-se na excessiva valorização do direito processual, de tal modo que, na esfera judiciária, tal visão termina por dificultar a consideração dos interesses que gravitam no processo. É, em síntese, a prevalência da forma sobre o fundo do litígio. A experiência mostra que, quanto mais processo no processo se discute, menos justiça se faz²⁶⁷.

Verificou-se que o caso das Dunas dos Ingleses (AgRg em AgREsp nº 40.188²⁶⁸), julgado pela 1ª. Turma, possui inelutável similitude fática e jurídica com o caso dos ranchos no Rio Ivinhema (REsp n. 1.245.149/MS²⁶⁹), julgado pela 2ª. Turma. No entanto, as

²⁶⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Ecocivilização**: ambiente e direito no limiar da vida. 2 ed. rev, at, amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg em AgREsp nº 40.188, 1a. Turma, rel. Arnaldo E. Lima, j. mai. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=201102051660>> Acesso em: 31 out. 2013.

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.245.149/MS, 2a. Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 19 out. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100383719&dt_publicacao=13/06/2013> Acesso em: 31 out. 2013.

decisões obtidas foram diametralmente opostas quanto à manutenção (ou não) da decisão estadual que manteve a ocupação em área irregular: enquanto no primeiro caso a decisão foi mantida, já que a análise de mérito foi afastada, no segundo caso é proferida ordem de reforma do acórdão estadual.

No caso no Rio Ivinhema, como também em todos os outros casos julgados pela 2ª.Turma, demonstrou-se uma preocupação com a fundamentação hermenêutica relacionada ao caso, trazendo elementos indispensáveis para conciliação de direitos conflitantes e motivação decisória. Assim agindo, tal Turma promoveu a uniformização jurisprudencial ao identificar tanto princípios instrumentais para aplicação dos dispositivos ambientais (a exemplo do princípio *in dubio pro natura*) como valores e fundamentos da norma ambiental, indo além da literalidade da legislação.

Em contrapartida, as decisões da 1ª. Turma demonstram a incompreensão dos julgadores quanto às modificações profundas introduzidas pelo paradigma ambiental no microsistema da responsabilização civil. Demonstra-se, assim, uma incompatibilidade entre a ampla proteção conferida constitucionalmente aos direitos transindividuais e à noção individualista do dano extrapatrimonial. Daí se falar da imprescindibilidade da construção de um saber jurídico ambiental, que envolva uma nova forma de conhecer o direito.

Salienta-se, por fim, que nessa temática as decisões da 2ª. Turma são posteriores às decisões de mérito proferidas pela 1ª. Turma. Não é possível, entretanto, afirmar que tenha ocorrido a superação da jurisprudência produzida pela 1ª. Turma, já que são órgãos decisórios distintos com mesmo patamar hierárquico, não tendo sido a questão analisada pela 1ª. Seção (órgão hierarquicamente superior).

Por sua vez, no caso da queima da cana de açúcar, a incongruência é mais evidente ainda, pois além da divergência entre decisões diferentes, há incoerência dentro mesmo de decisões singularmente consideradas.

Quanto ao primeiro aspecto, a questão passou por uma grande divergência decisória, uniformizando-se a partir de decisão da 1ª. Seção que entendeu a possibilidade da queima caso seja precedida de licenciamento conforme as exigências legais. Entretanto, dissensões continuaram a existir no que tange a quais seriam essas exigências. Ou seja, surge um novo conflito relacionado à legalidade ou não do licenciamento estadual: a 1ª. Turma entendendo-o totalmente constitucional e a 2ª. Turma exigindo diversas condicionantes, como a realização de EIA e a excepcionalidade.

Mais uma vez, percebe-se uma sensibilidade ecológica muito maior da 2ª. Turma do que da 1ª., eis que enquanto àquela faz referência a princípios, valores e finalidades do direito ambiental, concretizando o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, aquela restringe-se a analisar a estrita subsunção do caso concreto à literalidade da lei. Enquanto aquela baseia-se em uma argumentação principiológica, esta ainda valse-se da hermenêutica exegética.

Já o segundo aspecto, a incoerência interna de algumas decisões, é encontrado no que tange às decisões da 2ª. Turma. Na tentativa de conciliar seu posicionamento com a uniformização promovida pela 1ª. Seção, acaba-se unindo argumentos aparentemente inconciliáveis e chegando à conclusão de que a queima da cana é inconstitucional, intolerável e inaceitável em tempos de mudanças climáticas, mas possível se for autorizada. Ainda que algumas decisões tenham fornecido condicionantes bastante restritivas, outras foram omissas quanto a esse ponto.

A atuação de alguns julgadores encontra-se ainda muito vinculada à estrita legalidade, mesmo que a lei viole valores frontais do direito ambiental. Ao invés da linguagem ser vista como um meio que permita ao intérprete realizar um diálogo criativo e transformador com a realidade, ela é entendida meramente como uma barreira a ser superada.

Um outro aspecto que pode ser analisado é a questão da concretização da Justiça Ambiental. É primordial que as decisões judiciais estejam comprometidas com uma equitativa distribuição de riscos, danos e recursos ambientais, combatendo a exclusão ambiental e a externalização de prejuízos. Assim, tanto as decisões que responsabilizam o poluidor por dano ambiental como aquelas que vedam práticas eminentemente produtoras de exclusão ambiental (como a queima da cana), podem ser enquadradas como comprometidas com a concretização da Justiça ambiental. A questão será aprofundada no último capítulo.

Essa situação de incoerência jurisprudencial acaba contribuindo para uma irresponsabilidade organizada²⁷⁰, em que os riscos ambientais são voluntariamente ocultados e negados, bem como a sua própria responsabilização. O Estado acaba contribuindo para a multiplicação dos riscos e ainda para a situação de impotência em que se encontram os cidadãos.

²⁷⁰BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

Em conclusão a esse capítulo, é possível afirmar que mesmo após vinte e cinco anos da promulgação da Constituição e quase trinta e cinco anos da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, o Judiciário brasileiro ainda encontra dificuldade para aplicação dos dispositivos ambientais. Essa dificuldade mostrou-se evidente a partir da análise dos casos concretos realizada acima, demonstrando uma incompatibilidade entre os objetivos propostos constitucionalmente de proteção ambiental e a prolação de decisões ancoradas em um paradigma individualista, patrimonialista e ultrapassado.

Ainda, foi possível perceber que as decisões que utilizaram uma hermenêutica ecologicamente fundada cumpriram melhor o objetivo da proteção ambiental, concretizando princípios, valores e fundamentos basilares do direito ambiental.

Fica evidente, destarte, a imprescindibilidade da preocupação hermenêutica para solução de dissídios ambientais, haja vista que a conflituosidade inerente do direito ambiental com outros direitos, bem como a permeabilidade dos dispositivos ambientais, não pode ser solucionada através de métodos interpretativos que restringem-se à análise da legalidade estrita.

Se até mesmo o Tribunal responsável pela uniformização jurisprudencial encontra entraves para concretização da norma ambiental, torna-se inelutável a análise de parâmetros, princípios instrumentais e procedimentos para interpretação da lei ambiental, cingindo-se tais aspectos à análise da hermenêutica ecologicamente ancorada, a qual passa a ser realizada no próximo capítulo.

4 HERMENÊUTICA E DIREITO

Verificada a dificuldade de aplicação do direito ambiental, seja pelo atual momento de crise civilizatória atravessado, seja pelas próprias características inerentes a esse ramo jurídico, ou ainda, e empiricamente, por meio da demonstração de suas divergentes aplicações pelo STJ, torna-se evidente a imprescindibilidade do estudo hermenêutico para uma correta aplicação das leis ambientais.

No presente capítulo, será analisado em que consiste esse estudo hermenêutico e sua importância para o Direito. É adotada como teoria de base a hermenêutica filosófica elaborada por Gadamer nas obras “Verdade e Método”²⁷¹, volumes I e II e “O problema da consciência histórica”²⁷². A hermenêutica filosófica proposta por Gadamer, por sua vez, possui base nos fundamentos teóricos propostos por Heidegger em “O ser e o Tempo”²⁷³. Na contemporaneidade, a hermenêutica filosófica tem sido trabalhada por Ricoeur²⁷⁴ e Richard Palmer, sucessores de Gadamer. A teoria proposta por Gadamer sofre fortes críticas por autores como Habermas²⁷⁵ e Apel, dando cenário a um profundo e frutífero debate.

Inicialmente, serão identificados os fundamentos e pressupostos da teoria da hermenêutica filosófica. Partindo de uma análise de seus antecessores históricos, a chamada hermenêutica clássica, preocupada com a reprodução do sentido originário dos textos, serão analisadas em seguida as profundas modificações propostas por Heidegger no que tange a interpretação e compreensão de textos, sendo certo que esse autor abriu caminho para a construção da hermenêutica filosófica de Gadamer, o qual, por sua vez, revolucionou o campo interpretativo.

Em um segundo momento, passa-se à análise da interpretação no campo jurídico. Partindo da leitura exegética das regras, com a exaltação do princípio da legalidade, analisar-se-ão os pressupostos fundamentais do positivismo jurídico. Em seguida, passa-se à análise do atual momento interpretativo vivenciado com muita intensidade no Brasil, o chamado neoconstitucionalismo, movimento que abrange uma série de

²⁷¹GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999.

²⁷²GADAMER, Hans George. **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2006.

²⁷³HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

²⁷⁴Conferir, em especial, a obra: RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

²⁷⁵HABERMAS, Jurgen. **A lógica das ciências sociais**. Vozes: Petrópolis, 2009.

teorias, doutrinas e posições (algumas até contraditórias), todas baseadas no reconhecimento jurídico de princípios e outros valores morais. Será realizado ainda o estudo das contribuições da hermenêutica filosófica para o direito, evidenciando o potencial crítico inerente àquela em relação à dogmática jurídica.

Com a análise dos elementos da hermenêutica filosófica e de suas contribuições para o direito, almeja-se possibilitar a construção de elementos para uma interpretação e compreensão adequadas do direito ambiental, evidenciando em que medida a hermenêutica filosófica pode fornecer elementos indispensáveis para a efetivação da justiça ambiental, o que será objeto do próximo capítulo.

4.1 A PRÉ-HISTÓRIA HERMENÊUTICA

Antes de traçarmos os antecedentes históricos da hermenêutica, é essencial retomarmos sua origem etimológica. Grondin²⁷⁶ ressalta a vinculação existente entre o vocábulo 'hermenêutica' e o verbo *ermeneúein*, que, traduzido do grego pode significar expressar, expor ou traduzir. Qualquer desses sentidos pode ser entendido como um movimento mental de compreensibilidade, mediação de sentido, retornando do exterior para o interior do significado. A função do *ermèneus* na Grécia parece se aproximar da função do *prophétes*, aquele que realiza a mediação entre os homens e os deuses, ou entre os homens e o mediador.

Platão valeu-se da utilização do termo *hermèneutike* em suas obras, embora o tratasse como adivinhação daquilo que já foi dito, possuindo uma natureza sacral, religiosa. Dessa forma, a *hermèneutike* platônica jamais conduziria à verdade de algo²⁷⁷.

A ligação entre a atividade mediadora do processo hermenêutico e a etimologia do verbo *hermèneutike* fez com que alguns autores relacionassem a origem do verbo com o deus mediador Hermes. No entanto, Grondin ressalta que “na filologia mais recente, em quase toda parte, foi encarada com razoável ceticismo”²⁷⁸.

Ainda que etimologicamente questionável, a vinculação entre Hermes e hermenêutica pode trazer, ludicamente, algumas contribuições. Hermes é um intérprete que traz aos homens a mensagem

²⁷⁶GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo:Unissinos, 1991. p. 55.

²⁷⁷*apud* GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo:Unissinos, 1991. p. 55.

²⁷⁸*Ibidem*, p. 55.

de Zeus, sendo seu reino esse limiar entre mundos, tal qual o intérprete de um texto é o mediador entre um outro mundo misterioso e o mundo inteligível onde vivemos. Ainda, uma outra aproximação é que para interpretar, é preciso escutar primeiro, e somente então tornar-se um mensageiro dos deuses em si mesmo²⁷⁹.

A preocupação com a questão da interpretação é antiga. Grondin²⁸⁰ nos lembra que já na filosofia pós aristotélica desenvolveu-se uma interpretação alegórica de mitos, submetendo-os a uma valorização racionalizante. Já Palmer, ressalta que na Grécia antiga a hermenêutica tinha múltiplos significados, como a interpretação oral, tradução de textos de outras línguas e a exegese de textos legais, literários e religiosos²⁸¹.

No entanto, antes do século XVII, a hermenêutica não tinha consciência de si e nem tinha um nome. Assim, “o que antigamente era chamado de *arsinterpretandi*, foi retomado e ulteriormente desenvolvido por ramos da ciência, como a crítica da exegese ou da filologia”¹.

Gadamer²⁸² ressalta que embora a hermenêutica possa ser reconhecida em períodos muito antigos, é durante a modernidade que a compreensão atinge seu momento característico, ganhando consciência de sua distância em relação ao passado.

Naquele período, um fator que contribuiu consideravelmente para teorização da hermenêutica foi a Reforma Protestante, que buscou fixar bases hermenêuticas novas, independentes e racionais para a exegese bíblica. Lixa²⁸³ ressalta que nesse momento hermenêutica era entendida como “conjunto racional de corretos e verdadeiros princípios interpretativos capazes de 'revelar o sentido oculto' de um texto”. Embora a compreensão tenha primórdios na hermenêutica teológica da Reforma, atingirá um real desenvolvimento apenas com o Iluminismo e o Romantismo.

No contexto do iluminismo, buscava-se uma interpretação que fosse responsável por, através de um instrumental técnico científico,

²⁷⁹PALMER, Richard R. **The liminality of Hermes and the meaning of hermeneutics**. Disponível em: <<http://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/liminality.html>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

²⁸⁰GRONDIN, Jean. Op. cit. p. 50.

²⁸¹PALMER, Richard R. **The relevance of Gadamer's philosophical hermeneutics to thirty-six topics or fields of human activity**. 1 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/relevance.html>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

²⁸²GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 275.

²⁸³LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 18.

encontrar o espírito humano universal racional e a-histórico e suas manifestações simbólicas nas palavras. Trata-se de preocupação de matriz kantiana, que teria tomado efeito em autores como Dannhauer, Clauberg, Pfeiffer, dentre outros²⁸⁴.

Durante o romantismo alemão, alguns autores irão questionar essa objetividade da hermenêutica, revelando a importância do sujeito que interpreta para a construção do significado do texto. Tal interpretação irá fulminar na hermenêutica de Scheiermacher, “voltada para uma orientação psicológica e para a fundamentação sistemática das operações humanas que atuam na compreensão do discurso”²⁸⁵.

A questão hermenêutica deixa de ser preocupação com coleções de peças e conselhos para solução de problemas específicos, pretendendo-se uma hermenêutica geral, comum, universal (*allgemeine*, em alemão), que lidasse com a arte da interpretação. Essa universalidade é definida por Scheiermacher através da seguinte metáfora: “o que toda criança faz ao construir uma nova palavra e ela não sabe – é hermenêutica”²⁸⁶.

Em tal momento, a hermenêutica passa a ser visto como arte, e não mais através de métodos. Interpretar, assim, passa a ser uma atividade de adivinhação, que acrescenta algo que torna o texto mais bem compreendido do que o era pra seu autor. Daí a frase que, para Gadamer, sintetiza o pensamento de Scheiermacher: “compreender o autor, melhor que ele mesmo”²⁸⁷.

O romantismo alemão também foi responsável por introduzir uma preocupação com o círculo hermenêutico que se formava pela relação existente entre o todo e as partes que conferem significado de maneira mútua e simultânea: entre a palavra e uma frase; entre a frase e o parágrafo; entre o parágrafo e o resto da obra; entre a obra e toda a bibliografia de seu autor²⁸⁸.

²⁸⁴LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e direito**: uma possibilidade crítica. Curitiba: Juruá, 2009. p. 27-28.

²⁸⁵Ibidem, p. 32.

²⁸⁶PALMER, Richard R. **The relevance of Gadamer’s philosophical hermeneutics to thirty-six topics or fields of human activity**. 1 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/relevance.html>>. Acesso em: 06 nov. 2013. “what every child does in construing a new word it does not know - is hermeneutics”. (Tradução livre).

²⁸⁷GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999.

²⁸⁸LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e direito**: uma possibilidade crítica. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.

Grandes contribuições para modificação no conceito de hermenêutica também foram oferecidas por Wilhelm Dilthey (1833-1911), biógrafo de Scheiermacher, o qual buscou conferir o caráter de cientificidade às ciências do espírito, elaborando uma justificação para a razão histórica tal qual à da razão pura tinha sido realizada por Kant²⁸⁹. Palmer ressalta a tentativa de construção de uma hermenêutica universal por esse autor, afirmando: "Hermenêutica era para Dilthey ainda uma metodologia, mas agora uma metodologia geral que ele esperava tornar-se o fundamento teórico para as humanidades e ciências sociais"²⁹⁰.

Dilthey recusava a objetividade do sujeito nas ciências do espírito, pois, referindo-se à homogeneidade entre sujeito e objeto, irá afirmar que a primeira condição de possibilidade da ciência da história é o reconhecimento de que aquele que investiga a história é o mesmo que a faz, ou seja, o próprio pesquisador é um sujeito histórico²⁹¹.

Para o mesmo autor, seria necessário pensar nexos históricos cada vez mais amplos, estendendo-os até o conhecimento histórico universal, da mesma forma que apenas se entende uma palavra ao compreender a frase e a totalidade da literatura. Assim, torna-se necessário superar os preconceitos do próprio presente, elevando a consciência à consciência histórica. Propõe, ainda, a simpatia universal, que seria o ideal da consciência histórica consumada, superando os limites impostos à compreensão por meio da causalidade subjetiva das preferências e afinidades²⁹².

Grondin ressalta que

a hermenêutica filosófica tornou-se, então, repentinamente, o termo da moda para toda uma geração filosófica, que começou a afastar-se das estreitas passagens gnoseológicas do neokantismo dominante e em Dilthey pretendia aceitar positivamente um desbravador para uma filosofia não positivista, aberta para a facticidade histórica

²⁸⁹GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 337.

²⁹⁰PALMER, Richard R. **The relevance of Gadamer's philosophical hermeneutics to thirty-six topics or fields of human activity**. 1 abr. 1999. Disponível em: <http://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/relevance.html>. Acesso em: 06 nov. 2013. No original: "hermeneutics was for Dilthey still a methodology, but now a general methodology he hoped would become the theoretical foundation for all the humanities and social sciences."

Tradução livre.

²⁹¹Ibdem, p. 340.

²⁹²Ibdem, p. 355.

da vida²⁹³.

Gadamer critica a compreensão em Dilthey por manter muitos aspectos da ciência cartesiana, principalmente no que diz respeito à forma de alcançar a certeza através da dúvida. Ademais,

É verdade que Dilthey não menosprezou a significação que tem a experiência da vida, tanto individual como universal, para o conhecimento das ciências do espírito – mas ambos, para ele, são determinados de maneira meramente privada. Trata-se de uma indução não-metódica, carente de verificação que já aponta para a indução metódica da ciência²⁹⁴.

Ainda que críticas possam ser feitas ao pensamento de Dilthey, este forneceu um importante referencial teórico para a construção da hermenêutica filosófica, contestando a objetividade proposta pelo positivismo.

4.2 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

4.2.1 Os fundamentos em Martin Heidegger

Heidegger foi o primeiro teórico a estabelecer uma relação direta entre o sujeito que compreende e o mundo que o circunda, afastando definitivamente o mito da neutralidade do sujeito. É justamente com esse filósofo alemão que a hermenêutica passa a ser pensada em termos filosóficos e ontológicos, preocupada com a posição que ocupa o ser no mundo. Assim, é afastada a análise de métodos para a interpretação, afirmando Heidegger que a compreensão é, na realidade, uma questão de auto conhecimento do ser no mundo.

Nas palavras de Heidegger,

Na tarefa de interpretar o sentido do ser, a presença não é apenas o ente a ser interrogado primeiro. É, sobretudo, o ente que, desde sempre, se relaciona e comporta com o que se questiona

²⁹³GRONDIN, Jean . Op. cit., p. 31.

²⁹⁴GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 368.

nessa questão. A questão do ser não é senão a radicalização de uma tendência ontológica essencial, própria da pre-sença, a saber, da compreensão pré-ontológica do ser²⁹⁵.

Assim sendo, o sujeito que interpreta (o ser, ou *sein*, em alemão) é visto em Heidegger como relacionado a seus pressupostos existenciais e a sua faticidade, configurando um verdadeiro ser no mundo, um ser-aí (ou, em alemão, *Dasein*, também traduzido como pré-sença). Analisando tal conceito, Ricoeur explicita: “Dasein designa o lugar onde a questão do ser surge, o lugar da manifestação. Compete à sua estrutura, como ser, ter uma **pré-compreensão** ontológica do ser”²⁹⁶.

A tarefa da hermenêutica passa a ser a explicitação a respeito da constituição desse ser-aí, sendo que essa explicitação não é um acrescentar algo à metodologia das ciências do espírito, mas sim a manifestação dos fundamentos dessa metodologia. Ou seja: não se trata de uma reflexão sobre tais ciências, mas a “explicitação do solo ontológico sobre o qual essas ciências podem edificar-se”²⁹⁷.

A compreensão então deixa de estar focada no objeto e nos métodos que levam ao conhecimento de tal objeto, passando a vincular-se com a compreensão fundamental da posição do ser no mundo. Justamente por isso a compreensão é tratada como uma questão ontológica. Explicitando tal fato, Ricoeur afirma:

O compreender não se dirige, pois, à apreensão de um fato, mas à de uma possibilidade de ser. Não devemos perder de vista esse ponto quando tirarmos as consequências metodológicas dessa análise: compreender um texto, diremos, não é descobrir um sentido inerte que nele estaria contido, mas revelar a possibilidade de ser indicada pelo texto. Dessa forma, seremos fiéis ao compreender heideggeriano que é, essencialmente, um projetar num ser-lançado prévio²⁹⁸.

²⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I.6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 41.

²⁹⁶ RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983. p. 30-31. (Grifo no original).

²⁹⁷ RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983. p. 30-31.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 33

Destarte, fica evidenciado que compreender, para Heidegger, é a forma originária de realização da pré-sença, que é o ser no mundo. Assim, ressalta Gadamer que em Heidegger “compreender é o caráter ôntico original da própria vida”²⁹⁹.

Nas palavras de Heidegger,

Não é o conhecimento quem **cria** pela primeira vez um 'comercium' do sujeito com o mundo e nem este commercium **surge** de uma ação exercida pelo mundo sobre o sujeito. Conhecer, ao contrário, é um modo da pré-sença fundado no ser-no-mundo. É por isso também que, como constituição fundamental, o ser-no-mundo requer uma interpretação **preliminar**³⁰⁰.

Ainda quanto à compreensão, afirma Palmer:

A compreensão humana tornar-se a porta universal, processo, filtro, através do qual todo o pensamento de qualquer tipo devem passar. O ser do mundo, o ser da Verdade, a ser da própria existência são compreendidos. [...] Compreensão não é um meio transparente, é complexamente estruturado, e quem ignora essa estrutura está em perigo³⁰¹.

É através da compreensão que ser realiza seu auto conhecimento³⁰². Dada a facticidade inerente do ser, o Dasein é integrado por seus pressupostos existenciais, por seus preconceitos e pré-juízos inerentes a sua existência. Assim, o compreender se torna, a todo momento, um projetar que sofre influências diretas de tal

²⁹⁹GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 393.

³⁰⁰HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

³⁰¹PALMER, Richard R. **The relevance of Gadamer's philosophical hermeneutics to thirty-six topics or fields of human activity**. 1 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/relevance.html>>. Acesso em: 06 nov. 2013. No original: “Human understanding become the universal door, process, filter, through which all thought of whatever kind must pass. The being of the world, the being of Truth, the being of one's own existence are understood. They are "always already" understood before they are linguistically articulated, i.e., before they are interpreted [...]. Understanding is not a transparent medium; it is complexly structured, and one ignores this structure at one's peril.” (Tradução livre).

³⁰²HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte II. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 133.

estruturação prévia da compreensão, dando origem ao que Heidegger chamou de “círculo hermenêutico”.

4.2.2 A consolidação da hermenêutica em Hans Georg Gadamer

Gadamer teve forte influência de Heidegger em seu pensamento filosófico, convivendo com ele durante algum período na Alemanha.

Embora a teoria da hermenêutica filosófica já apontasse em alguns textos curtos, será na obra *Verdade e Método* que o autor aprofundará as bases de tal teoria interpretativa, ensejando uma revolução paradigmática em tal área do conhecimento.

A hermenêutica filosófica, ao contrário das teorias interpretativas antecessoras, não está preocupada com a elaboração de um método interpretativo que fundamente a compreensão. Sua preocupação vai além dos métodos, propondo-se a demonstrar algo que é anterior à utilização dos métodos, precedendo a ciência moderna. Assim, não se trata de elaborar uma teoria geral da interpretação, mas sim encontrar o ponto em comum de todas as formas de compreensão, mostrando que não se trata de um mero comportamento subjetivo frente a um objeto, mas sim frente a uma historicidade da qual o próprio intérprete faz parte. Nas palavras do autor: “a questão colocada aqui quer descobrir e tornar consciente algo que permanece encoberto e desconhecido por aquela disputa sobre os métodos, algo que, antes de traçar limites e restringir a ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível”³⁰³.

Conforme será visto, a historicidade e a posição do ser no mundo é um elemento central para Gadamer. Daí a afirmação de que o conceito de hermenêutica “designa a mobilidade fundamental da pré-sença [*dasein*], a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo”³⁰⁴. Assim sendo, a tese central da obra antecede o embate metodológico, já que ela “é, pois, que o momento histórico-efetual é e permanece efetivo e atuante em todo compreender da tradição, mesmo lá onde a metodologia das modernas ciências históricas ganhou espaço”³⁰⁵.

Ressaltando esse ponto, afirma Palmer:

Quanto à hermenêutica sendo algum tipo de metodologia, este é um mal-entendido. Pode ser a

³⁰³GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 15

³⁰⁴Ibdem, p. 16

³⁰⁵Ibdem, p. 22

hermenêutica como definida por Emilio Betti, mas não é metodologia na análise existencial de compreensão de Heidegger e, em Gadamer, hermenêutica é uma crítica à metodologia³⁰⁶.

Há uma grande preocupação na obra de Gadamer com as chamadas ciências do espírito. Para o autor, a metodologia científica das ciências naturais não foi suficiente para conferir um estatuto de legitimidade às ciências do espírito. Tal legitimidade apenas pode ser encontrada no aprofundamento do fenômeno da compreensão. Assim, “a hermenêutica que se vai desenvolver aqui não é, por isso, uma doutrina de métodos das ciências do espírito, mas a tentativa de um acordo sobre o que são na verdade as ciências do espírito, para além de sua autoconsciência metódica, e o que as vincula ao conjunto da nossa experiência ao mundo”³⁰⁷.

No momento em que Gadamer escrevia sua obra, verificou-se que as ciências do espírito (ou ciências morais) encontravam sua auto-reflexão lógica dominada pelo modelo das ciências da natureza, graças à forte contribuição de Hume e Mill, os quais identificam como de fundamental importância o reconhecimento da uniformidade, regularidade e legalidade, tornando os processos individuais previsíveis. Gadamer ressalta, no entanto, que essa previsibilidade sequer é alcançada no campo das ciências naturais, citando como exemplo a meteorologia, a qual, embora trabalhe tão metodicamente como a física, possui dados incompletos e insegurança em suas previsões³⁰⁸.

Sendo assim, “se quisermos saber o que é a verdade nas ciências do espírito, teremos então de dirigir a questão da filosofia ao conjunto dos procedimentos das ciências do espírito [...]. Não iremos ter de aceitar a resposta da auto-evidência das ciências do espírito, mas teremos de indagar o que é, na verdade, a sua compreensão”³⁰⁹.

Gadamer reconhece como um ganho científico para as ciências sociais a “sistematização metodológica útil a seu trabalho”, em clara

³⁰⁶ PALMER, Richard R. **The relevance of Gadamer's philosophical hermeneutics to thirty-six topics or fields of human activity**. 1 abr. 1999. Disponível em:

<<http://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/relevance.html>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

Texto original: “As for hermeneutics being some sort of methodology, this is a misunderstanding. It may be hermeneutics as defined by Emilio Betti, but it is not methodology in Heidegger's analysis of existential understanding; and in Gadamer hermeneutics is a critique of methodology.” (Tradução livre).

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 34

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 39-40.

³⁰⁹ *Ibidem*,

referência a Dilthey. No entanto, entende que a reflexão hermenêutica não deve permitir que tal sistematização prescreva uma obrigação de restrição a essa função científica imanente, muito menos que lhe impeçam de aplicar a própria reflexão hermenêutica ao estranhamento metodológico da compreensão³¹⁰.

Ricoeur afirma que, em Gadamer, existe uma antinomia entre distanciamento alienante e pertença. O primeiro está vinculado à metodologia objetivante típica das ciências naturais, enquanto o segundo evidencia nosso pertencimento ao objeto estudado. Assim, Gadamer nos leva a uma escolha, que transparece no título de sua obra, *Verdade e Método*: “ou praticamos a atitude metodológica, mas perdemos a densidade ontológica da realidade estudada, ou então praticamos a atitude de verdade, e somos forçados a renunciar à objetividade das ciências humanas”³¹¹.

Dá a distinção que Gadamer coloca entre a ciência hermenêutica e a hermenêutica filosófica, afirmando que “quando proponho o desenvolvimento da consciência hermenêutica como uma possibilidade mais abrangente [...] minha intenção imediata é superar a redução técnico-científica que sofreu o que chamamos de ‘ciência da hermenêutica’”³¹².

Considerando a forte influência do pensamento heideggeriano em Gadamer, a análise da compreensão é iniciada em *Verdade e Método* através de sua pré-estrutura:

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade³¹³.

Essas opiniões prévias podem ser referentes a hábitos linguísticos ou mesmo a conteúdo, contrapondo-se a um momento anterior a Gadamer, em que havia uma forte preocupação com a neutralidade do

³¹⁰GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Vozes: Petrópolis, 2006. p. 278.

³¹¹RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983. p. 43.

³¹²GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Vozes: Petrópolis, 2006. p. 259.

³¹³GADAMER, Hans George. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 403.

intérprete, de forma a afastar qualquer concepção prévia que se tivesse. Tal fato é devido ao descrédito que sofreu o preconceito no iluminismo, o qual procurou compreender a tradição corretamente, racionalmente, de forma a eliminar todo preconceito, não deixando valer autoridade nenhuma. Dessa forma, a tradição escrita não tinha valor por si mesma, mas dependia da credibilidade que fosse conferida pela razão³¹⁴.

Em Gadamer, tais opiniões prévias passam a ter um papel fulcral:

Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto. Mas essa abertura já inclui sempre que se ponha a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas³¹⁵.

Assim, a compreensão não parte do estranhamento ou do mal-entendido. Parte justamente daquilo que é familiar, aquilo que possibilita a ampliação de nossa própria experiência no mundo.

Há, dessa maneira, uma modificação no conceito de preconceito, que passa a ser visto positivamente. “Preconceito' não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente”³¹⁶. A ideia de preconceito é tão essencial em Gadamer que ele chega a afirmar: “mais que os nossos conceitos, são nossos preconceitos que perfazem nosso ser”³¹⁷.

Ainda assim, Gadamer reconhece a possibilidade da constituição de determinados preconceitos que obstaculizem a compreensão, colocando então como tarefa da hermenêutica o reconhecimento de tais preconceitos³¹⁸. Em suas palavras,

Os preconceitos não são necessariamente injustificados e errôneos de modo a distorcer a verdade. [...] São antecipações de nossa abertura

³¹⁴GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 410.

³¹⁵Ibidem, p. 403-404

³¹⁶Ibidem, p. 407.

³¹⁷GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**. 2. ed. Vozes: Petrópolis, 2006. p. 261.

³¹⁸GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 442

para o mundo, que se tornam condições para que possamos experimentar qualquer coisa, para que aquilo que nos vem ao encontro possa nos dizer algo³¹⁹.

Com base em tal consideração sobre as ideias prévias, percebe-se a clara vinculação que Gadamer irá propor entre compreensão e tradição. Para o autor, “encontramo-nos sempre em tradições, e esse nosso estar dentro delas não é um comportamento objetivador [...] porém a mais singela e inocente transformação da tradição”³²⁰. Assim,

O compreender deve ser pensado menos como uma ação da subjetividade do que como um retroceder que penetra em um acontecer da tradição, no qual é o que tem de fazer-se ouvir na teoria hermenêutica demasiado dominada pela ideia de um procedimento, de um método³²¹.

É importante lembrar que Gadamer, embora considere a essencialidade da tradição na firmamento do conhecimento, refuta o historicismo. Isso porque o historicismo pensava a distância temporal que supera o passado e o futuro como um abismo a ser superado, sendo necessário voltar-se ao espírito da época, de forma a pensar conceitos e expressões segundo os antigos, pois somente assim teríamos a objetividade histórica. Gadamer passa a ver tal distância temporal como uma possibilidade produtiva (e, portanto, positiva) do compreender. “Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido”³²².

Ricoeur define a consciência da história dos efeitos (ou consciência da história efetual) de Gadamer como “a consciência de ser exposto à história e à sua ação, de tal forma que não podemos objetivar essa ação sobre nós, porque faz parte do fenômeno histórico”³²³. Para o mesmo autor, “A teoria da consciência histórica constitui, assim, o microcosmo de toda a obra e a miniatura do grande debate”³²⁴.

³¹⁹GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**. 2. ed. Vozes: Petrópolis, 2006. p. 261.

³²⁰GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 425.

³²¹Ibdem, p. 435-436. (Grifo no original).

³²²Ibdem, p. 445.

³²³RICOEUR, Paul, op. cit., p. 40.

³²⁴RICOEUR, Paul, op. cit., p. 104.

Dada a relevância da historicidade, Gadamer coloca a conceituação de horizonte. Em suas palavras, “Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto [...] A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição”³²⁵.

Se nos transferimos para o horizonte do outro, com o objetivo de compreender sua posição, é possível que suas opiniões se tornem compreensíveis em sua posição e horizonte. No entanto, Gadamer adverte que não chegaremos a nos entender com o outro, pois a tradição foi compreendida em seu sentido, mas sem que nos entendemos com ela e nela. Nesse caso, o sujeito coloca-se fora da situação de entendimento, inacessível ao outro³²⁶.

A compreensão ocorre, em Gadamer, precisamente no momento de fusão dos horizontes do passado e do presente. Essa tensão existente não pode ser resolvida em termos de uma assimilação ingênua, como pretendia o historicismo, mas deve ser desenvolvida conscientemente. Justamente essa é a tarefa da hermenêutica³²⁷.

Esclarece Ricoeur que “Desse conceito insuperável de fusão dos horizontes a teoria do preconceito recebe sua característica mais típica: o preconceito é o horizonte do presente, é a finitude do próximo em sua abertura para o longínquo”³²⁸. Será a partir dessa relação com o próprio e com o outro que será possível uma transposição para o outro, em que o sujeito descobre a si mesmo, com seu horizonte presente, com seus preconceitos.

Estabelecido que a compreensão apenas ocorrerá no momento da fusão de horizontes, Gadamer passa a analisar a questão da aplicação do texto. Durante o período da velha tradição da hermenêutica, por exemplo em Rambach, a hermenêutica era dividida em três momentos: interpretação, compreensão e aplicação. Já num período pós-romântico, a interpretação e a compreensão fundem-se, mas o terceiro momento (aplicação) continua totalmente desvinculado. Para Gadamer, a aplicação é momento integrante do processo hermenêutico, tão essencial quanto a compreensão e a interpretação. Assim, hermenêutica passa a

³²⁵ GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 452.

³²⁶ *Ibidem*, p. 453.

³²⁷ *Ibidem*, p. 458.

³²⁸ RICOEUR, Paul. *op. cit.*, p. 116.

ser um processo unitário que inclui a compreensão, a interpretação e a aplicação³²⁹.

Nesse mesmo sentido, Gadamer critica a divisão proposta por Betti entre interpretação cognitiva, normativa e re-produtiva, salientando que na verdade em todas elas a aplicação é um momento unitário, junto com a interpretação e a compreensão, do instante hermenêutico. Em suas palavras, “a distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva faz cindir, definitivamente, o que é claramente uno”³³⁰.

É interessante verificar que Gadamer ressalta a essencialidade da abertura ao outro, à receptividade do que o texto tem a oferecer. Em suas palavras,

Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes³³¹.

Conforme nos lembra Chamecki, o reconhecimento da alteridade do objeto e colocação do problema hermenêutico como comum a sujeito e objeto nos leva à própria superação dos conceitos de objeto e objetividade. Assim, o conceito de pertencimento a uma tradição torna-se referente tanto ao objeto quanto ao sujeito, abrangendo tudo que se encontra no mundo mediado pela linguagem³³².

Ainda nesse mesmo sentido, Gadamer lembra que a diferenciação entre o ‘eu’ e o ‘tu’ apenas existe na medida em que o eu que diz nomeia um ‘eu’ e um ‘tu’, pressupondo um consenso e um suporte permanente. A ciência hermenêutica tenta afastar os mal-entendidos a que o ‘tu’ manifestado no texto pode nos levar, seja por meio de métodos históricos ou psicológicos. A hermenêutica filosófica afasta esse posicionamento justamente pelo reconhecimento da alteridade do outro³³³.

³²⁹ GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 460.

³³⁰ *Ibidem*, p. 464.

³³¹ *Ibidem*, p. 405.

³³² CHAMECKI, Eduardo. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica crítico alterativa**.

Caminhos para descolonização do saber jurídico. 2010. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009. p. 78.

³³³ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**. 2. ed. Vozes: Petrópolis, 2006. p. 259-260.

Em outras palavras, é possível afirmar que a hermenêutica é um evento que se dá em uma dupla trajetória, do texto para o intérprete por meio da exteriorização e do intérprete para o texto por meio da revelação da linguagem. Essa dupla trajetória é marcada pelo conhecimento da distância entre texto e intérprete, bem como pelo conhecimento de que ambos ao mesmo tempo se ocultam e se desvelam. É justamente por esse motivo que “o maior impacto causado pela hermenêutica é, quem sabe, a surpreendente e inesperada descoberta, na linguagem, de si mesmo no outro. Toda interpretação confronta-se com o outro”³³⁴.

A experiência tem papel primordial em Gadamer. A expressão “experiência” refere-se à vivência do homem em comunidade, a sua facticidade e historicidade. Trata-se de um momento constante na essência da história do homem. “uma negatividade fundamental que aparece na relação essencial de experiência e penetração de espírito”³³⁵. Justamente por isso, a experiência se torna algo irrepetível: “Aquele que experimenta se torna consciente de sua experiência, tornou-se um experimentador: ganhou um novo horizonte dentro do qual algo pode converter-se para ele em experiência”³³⁶.

A experiência possui, dessa forma, um correlato com a experiência hermenêutica, já que, para Gadamer, é essencial que a tradição seja considerada em suas próprias pretensões e não no sentido de um mero reconhecimento da alteridade do passado. Ou seja, deve ser tratada na forma fundamental de uma abertura, considerando que a tradição tenha algo a me dizer³³⁷.

Essa abertura à tradição e ao passado irá se manifestar, na construção teórica de Gadamer, por meio da dialética de pergunta e resposta. Trata-se de uma inerente negatividade da pergunta: saber que não sabe. Isso porque perguntar é mais difícil que dar respostas. Aquele que pensa que sabe tudo, não sabe perguntar. Dessa forma, perguntar quer dizer oferecer abertura.

Nas palavras do autor,

O fato de que um texto transmitido se converta

³³⁴PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs).

Hermenêutica plural. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 171, 174.

³³⁵GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 522.

³³⁶Ibidem, p. 522.

³³⁷Ibidem, p. 533.

em objeto da interpretação quer dizer, para começar, que coloca uma pergunta ao intérprete. A interpretação contém, nesse sentido, sempre uma referência essencial constante à pergunta que foi colocada. Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta. Mas isso ocorre, como já mostramos, quando se ganha o horizonte hermenêutico. Nós reconhecemo-lo agora como o horizonte do perguntar no qual se determina a orientação do sentido do texto³³⁸.

Dessa forma, a dialética da pergunta e da resposta permite que a compreensão de um texto configure-se como um diálogo, manifestando uma relação recíproca semelhante a de uma conversação. Assim, nega-se a possibilidade de um esclarecimento total, pois a cada pergunta verificamos que mais pode ser apreendido do texto, abrindo-se à experiência histórica. Note a riqueza da metáfora da conversação, pois “O acordo na conversação não é uma mera representação de impor o próprio ponto de vista, mas uma transformação rumo ao comum, de onde já não se continua sendo o que era”³³⁹.

Considerando tal diálogo promovido através das perguntas, o compreender torna-se algo sempre produtivo, sendo incapaz a reprodução do sentido original do texto. Conforme ressalta Streck, a interpretação não pode se constituir na inserção acrítica de nossos próprios hábitos. “Gadamer reconhece como tarefa fundamental o conseguir a compreensão do texto apenas desde o hábito linguístico do seu tempo ou do seu autor. Quem quer compreender um texto realiza sempre um projetar, acrescenta”³⁴⁰.

Ao interpretar o mundo por meio da linguagem, o ser humano veste o universo com as “cores dos seus sentimentos e intuições”. Daí a afirmação de Pasqualini, para quem “se soa exagerado aduzir que ‘o sol nasce e se põe dentro do meu crânio’, não o é, com certeza, ponderar que entre as têmporas do intérprete, em um piscar de olhos, os paradigmas nascem e se põem”³⁴¹.

³³⁸GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 544.

³³⁹Ibdem, p. 556.

³⁴⁰STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Livraria do advogado: Porto Alegre, 1999. p. 179.

³⁴¹PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. op. cit. p. 170.

Outro ponto essencial dentro da obra de Gadamer é a questão da linguagem, tratada na terceira parte de sua obra. A linguagem é algo universal, o fio condutor de todo o conhecimento, o chão que liga horizontes passado, presente e futuro. Assim, todo o processo hermenêutico de compreensão é um processo linguístico³⁴². Isso não quer dizer que o problema hermenêutico seja um acordo sobre a língua, mas sim um acordo sobre o assunto, que ocorre por meio da linguagem³⁴³. Ou ainda: “a linguagem é um centro em que se reúnem o eu e o mundo, ou melhor, em que ambos aparecem em sua unidade originária”³⁴⁴.

Em relação a textos escritos, a linguagem torna possível uma desvinculação entre o que foi originalmente escrito e seu escritor. Há uma ruptura com o escritor e com o destinatário, elevando o texto a uma esfera de sentido da qual pode participar qualquer um alfabetizado. Nas suas palavras, “Sob a forma da escrita, todo o transmitido está simultaneamente aí para qualquer presente. Nela se dá uma coexistência de passado e presente única em seu gênero, pois a consciência presente tem a possibilidade de um acesso livre a tudo quanto se haja transmitido por escrito”³⁴⁵.

Justamente por tal motivo que a compreensão deixa de ser uma transposição psíquica: “O horizonte de sentido da compreensão não pode ser limitado nem pelo que o autor tinha originalmente em mente, nem pelo horizonte do destinatário a que foi escrito o texto na origem”³⁴⁶.

A linguagem é, em Gadamer, universal. Em suas palavras,

Compreender e interpretar se subordinam de uma maneira específica à tradição linguística. Mas, ao mesmo tempo, vão mais além dessa subordinação, não somente porque todas as criações culturais da humanidade, mesmo as não linguísticas, pretendem ser entendidas desse modo, mas pela razão muito mais fundamental de que tudo o que é compreensível tem de ser acessível à compreensão e à interpretação. Para a compreensão vale o mesmo que para a linguagem.

³⁴²GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 559.

³⁴³Ibidem, p. 561.

³⁴⁴Ibidem, p. 586.

³⁴⁵Ibidem, p. 567 e 571.

³⁴⁶Ibidem, p. 575.

Não se pode tomar, nem a uma nem a outra, somente como um fato que se pudesse investigar empiricamente. Nenhuma das duas pode ser jamais um objeto, mas ambas abrangem tudo o que, de um modo ou de outro, pode chegar a ser objeto³⁴⁷.

Para Gadamer, ser que pode ser compreendido é a linguagem. Isso quer dizer que há uma estrutura universal ontológica, uma constituição fundamental de tudo aquilo a que a compreensão pode se voltar, a linguisticidade. Assim, “o fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ôntica do compreendido, quando a determina, num sentido universal, como **linguagem**, e determina sua própria referência ao ente, como interpretação”³⁴⁸.

Ricoeur salienta ainda que a universalidade da hermenêutica significa que esta tem uma visada que precede e ultrapassa toda ciência, testemunhada pelo caráter universal da linguagem³⁴⁹.

No mesmo sentido, Streck, salienta a vinculação entre mundo e linguagem em Gadamer: “estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder-dizer é linguisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitado e capitaneado pela linguagem”³⁵⁰. Em outras palavras, “é pela linguagem e somente por ela que podemos ter o mundo e chegar a esse mundo. [...] Não há coisa alguma onde falta a palavra”³⁵¹.

Destarte, o caráter universal da linguagem passa a ter um papel central para hermenêutica filosófica, eis que o mundo (e todos os objetos que ele inclui) somente são compreensíveis pela linguagem, e isso vale para o próprio Direito enquanto objeto a ser compreendido.

³⁴⁷ GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 588-589.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 688.

³⁴⁹ RIOCEUR, Paul, op. cit., p. 104

³⁵⁰ STRECK, Lenio, op. cit., p. 170.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 175-178

4.3 HERMENÊUTICA E DIREITO: DA ESCOLA DA EXEGESE AO NEOCONSTITUCIONALISMO

O tema da interpretação da legislação passa a ter importância singular durante a Modernidade. Embora na Idade Média os glosadores do Código de Justiniano tenham estabelecido critérios exegéticos para interpretação dos Códigos, somente na Idade Moderna a interpretação jurídica passa a ser pensada em termos sistemáticos e científicos.

É possível realizar uma comparação entre o momento de cientificização do direito e a ideia do mundo máquina: a ordem e a estabilidade seriam pré-condições de toda intervenção, transformação e dominação na realidade, seja essa realidade natural ou social. Trata-se de uma busca pela objetividade metodológica nas ciências sociais, que tem por pressuposto a negação absoluta de seu caráter subjetivo³⁵².

Há uma implicação muito grande também entre o poder emergente da burguesia e a construção moderna do Direito, já que este vem a oferecer um instrumental racionalizado para o controle do poder absolutista, favorecendo a consolidação do capitalismo burguês-mercantil³⁵³. Ou seja, tanto a transformação da ciência moderna na racionalidade hegemônica como a transformação do direito como direito estatal científico são faces de um mesmo processo histórico caracterizados por uma convergência de interesses sociais, econômicos e culturais da burguesia³⁵⁴.

Santos ainda reafirma:

O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientificação da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientificação da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função, o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico³⁵⁵.

³⁵²LIXA, Ivone, Op. cit., p. 93.

³⁵³Ibidem, p. 95

³⁵⁴SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 122.

³⁵⁵Ibidem, p. 120.

O mesmo autor ainda ressalta que será graças ao positivismo que tanto a natureza quanto a sociedade poderão se tornar previsíveis e certos. Assim, o sistema racional de leis universais torna legítima a dominação jurídico racional do Estado³⁵⁶.

Sendo a criação do direito monopólio do Estado, o papel do jurista passa a ser unicamente encontrar o significado racional dos códigos por meio da exegese. A interpretação, assim, passa a ser lógica, orientada por critérios metodológicos específicos que a dotavam de cientificidade³⁵⁷. A figura do juiz aqui torna-se meramente a boca que diz as palavras da lei, no famoso adágio de Montesquieu: meramente um reprodutor daquilo que foi previsto pelo legislador.

Minimizando-se a função judicial em nome da segurança jurídica, exime-se o aplicador de qualquer responsabilidade de sua atuação. Assim,

Preso em uma camisa de força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega³⁵⁸.

Em tal contexto, são valores assegurados pelo Estado o liberalismo e o individualismo, sendo sustentado um “modelo político monopolizado capaz de assegurar e reproduzir os interesses liberais individualistas do capitalismo burguês, aliado a um tipo específico de instrumental jurídico capaz de garantir sua legitimidade e efetividade”³⁵⁹.

Trata-se da afirmação de uma ordem jurídica monista, cujo poder encontra-se concentrado nas mãos do Estado. Onde antes vigorava um pluralismo jurídico, com diversas de ordens jurídicas simultâneas, passa a existir um único Direito: o direito positivo do Estado. É dessa forma que a lei passa a ser a garantia da burguesia contra violações a direitos perpetradas pelo Estado, com fortes implicações para a teoria hermenêutica, como ressalta Lixa: “o paradigma da legalidade, ao ser

³⁵⁶SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 142.

³⁵⁷LIXA, Ivone, op. cit. p. 96.

³⁵⁸AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 25.

³⁵⁹LIXA, Ivone, op. cit. p. 97.

transformado em ideologia jurídica, se converte num princípio hermenêutico moderno, pois cria a ficção de possibilidade de vincular o abstrato ao concreto, o geral ao particular, reforçando a ideia de coerência da ordem jurídica³⁶⁰.

Azevedo traz ainda um outro elemento fundamental do positivismo: a divisão do discurso jurídico em dogmático, filosófico e sociológico, havendo para cada setor um ator diverso. O jurista *stricto sensu* possuiria juízos avalorativos do ordenamento, alienando-se dos valores. Já a questão da justiça passa a ser problema apenas dos filósofos. Por fim, os efeitos da decisão são atribuídos ao sociólogo.

Sendo tais setores incomunicáveis e efetuados por atores diferentes, não permite o positivismo que o jurista preocupe-se com a produção de justiça ou com efeitos sociais de sua decisão. Assim, essa divisão positivista o “leva a supervalorizar os conceitos jurídicos, cultivados com elevado grau de abstração, a ponto de, frequentemente, confundi-los com a realidade ou faze-los sobrepor-se a ela”³⁶¹.

Bobbio sintetiza as sete principais características do positivismo, ressaltando, todavia, que nem todas as teorias adotam todas as características e nem com a mesma intensidade. São elas: 1. Direito como um fato, fundando-se sua validade em critérios estritamente formais; 2. teoria da coatividade do direito; 3. teoria das fontes do direito, dando prevalência à lei; 4. teoria imperativista, vinculado à ideia de um direito estatista-legalista; 5. teoria da coerência e da completitude do ordenamento; 6. interpretação mecanicista; 7. teoria da obediência absoluta da lei³⁶².

Em relação à interpretação, Bobbio ressalta que a doutrina juspositivista considera a interpretação um ato puramente declarativo, reprodutivo de um sentido preexistente, em uma atitude de conhecimento passivo e contemplativo. Destarte, a ciência jurídica é concebida de forma construtiva e dedutiva, denominada dogmática jurídica, “que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou à discussão”³⁶³.

Por fim, vale a ressalva de que é um erro crasso atribuir ao positivismo uma uniformidade teórica, eis que esse referencial teórico é

³⁶⁰LIXA, Ivone, op. cit, p. 100.

³⁶¹AZEVEDO, Plauto Faraco. **Ecocivilização**: ambiente e direito no limiar da vida. 2 ed. Rev, at, amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 42-3.

³⁶²BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. *in passim*.

³⁶³Ibidem, p. 211, 220.

composto de diversas teorias e doutrinas diferentes entre si. Podemos citar, dentre elas, o decisionismo de Kelsen, para quem a atribuição de sentido da norma é ato discricionário (ato volitivo), desde que dentro da moldura do texto³⁶⁴. Ainda, podemos lembrar o positivismo analítico de Hart, segundo o qual cabe ao juiz, nos casos difíceis, atuar como legislador, criar a regra jurídica e aplicá-la retroativamente³⁶⁵. Ainda que se trate de instigante temática, não cabe ao restrito objeto desse trabalho analisar detidamente cada uma dessas teorias, bastando-nos traçar as noções gerais do juspositivismo.

Quanto ao positivismo kelseniano, trata-se, no dizer de Ferrajoli, de teoria aprimorada do positivismo, superando a visão exegética e elaborando uma complexa teoria jurídica. Assim, distingue Ferrajoli entre o paleojustpositivismo (teorias exegéticas em que a função judicial era meramente reprodutora) e o neopositivismo lógico de Kelsen, sendo esse uma mudança referencial de paradigma em relação àquele³⁶⁶.

Ressalta-se ainda a contribuição do principal expoente da interpretação jurídica positivista, Betti, que em 1948 publicou “A interpretação da lei e dos atos jurídicos” elaborando uma “concepção hermenêutica fortemente vinculada a padrões de cientificidade que possam garantir a objetividade das interpretações”³⁶⁷.

Seria tarefa do intérprete, para Betti, encontrar a intenção do legislador, abandonando seus interesses e projeções pessoais, configurando uma inversão no processo de criação. A compreensão deve ser um ato objetivo e alheio, em que ao intérprete é imposta tanto uma subordinação como a reconstrução do sentido. Assim, a tarefa interpretativa do Direito é dividida em dois momentos. O primeiro é a reconstrução do sentido originário da lei e o segundo é a reprodução, aplicando-se a lei ao caso concreto.

É importante ressaltar as implicações que tal modelo possui para o Direito Ambiental. A natureza é vista, durante a modernidade, meramente como objeto a ser apropriado, servindo aos interesses capitalistas de produção crescente de mercadorias. Não há qualquer preocupação de preservação ambiental. Ainda, o individualismo exacerbado faz com que preocupações de cunho coletivo (como a proteção de bens comuns) sejam desprezadas. É possível também

³⁶⁴KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁶⁵HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009.

³⁶⁶FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁶⁷LIXA, Ivone, op. cit. p. 96.

ressaltar o conteúdo fortemente antropocêntrico do Direito: leis feitas apenas para o interesse do homem.

Destarte, é forçoso convir que o juspositivismo afirmado durante a Modernidade teve por preocupação a solução de problemas individuais, patrimonialistas e antropocêntricos por meio da segurança jurídica que o monismo jurídico estabeleceu. Oferecendo respostas para essa finalidade é que o Código Civil torna-se o centro do Direito, protegendo o patrimônio e a propriedade. Quando surgem problemas complexos, transindividuais e que dizem respeito a formas de vida outras que não a humana, imagina o jurista ser possível manter a análise juspositivista para tais casos, o que é uma incompatibilidade teleológica evidente.

Por esse motivo que institutos afirmados na Modernidade com objetivos patrimonialistas e individualistas, como a responsabilidade civil, têm no direito ambiental uma grande dificuldade de aplicação: a lógica do direito ambiental é completamente diferente daquela afirmada na Modernidade pelo positivismo jurídico, criando um descompasso em sua concretização.

Além de teleologicamente incompatível com a proteção ambiental, o juspositivismo também não é capaz de solucionar as lides ambientais. As leis ambientais, dotadas comumente de termos indeterminados (como por exemplo “atividade potencialmente poluidora” e “risco significativo”) ou de termos técnicos (como “borda da calha do leito de um rio” ou ainda “apicuns”) não são passíveis de aplicação meramente por meio de subsunção, eis que seus significados apenas podem ser concretizados por meio do recurso a valores fundamentais ou com o auxílio de perícias técnicas.

Por tais motivos que se evidencia que encontrar a “vontade da lei” nos conflitos ambientais torna-se não só uma tarefa incoerente e de difícil concretização.

A interpretação jurídica vivencia hoje um momento muito rico em termos de produção doutrinária, sendo possível afirmar que a hermenêutica tornou-se um termo da moda. No entanto, é curioso observar que os fundamentos da hermenêutica filosófica, teoria cristalizadora da hermenêutica, pouco são abordados. É o que pretendemos demonstrar no próximo tópico a partir da abordagem da interpretação neoconstitucionalista.

4.3.1 Neoconstitucionalismo e panprincipiologismo

Tanto o Estado como o Direito passaram por modificações substanciais no período pós guerra, principalmente após a promulgação de Constituições como a alemã (1949), a portuguesa (1974), a espanhola (1978) e a brasileira (1988). São estas constituições longas e densas, preocupadas em codificar um extenso rol de direitos fundamentais, fundamentando o Estado Democrático de Direito. No caso brasileiro, em específico, trata-se de uma Constituição encarregada de consolidar a democracia e a cidadania após um período ditatorial conturbado e de negação de direitos fundamentais. Tais constituições, mais do que servirem de limite do direito infraconstitucional, tornam-se sustentáculo e filtro axiológico de todo o sistema jurídico³⁶⁸.

Lembra Otto que o Estado legislativo de direito não foi capaz de realizar uma aproximação entre o direito positivado e ideal moral, constituindo o direito como algo inteiramente objetivo. A ampliação do conceito normativo operado pelas Constituições do pós guerra ensejam uma modificação no princípio da legalidade, que passa a incluir as normas constitucionais e os princípios de direito abrigados na Constituição, além de direcionar as ordens econômicas e sociais para promoção da dignidade humana. Configura-se, assim, o Estado constitucional de direito³⁶⁹.

Para Ferrajoli, esse momento representou uma ruptura paradigmática no modelo paleojuspositivista. Se naquele modelo a base era o princípio da mera legalidade, afirmando-se a onipotência do legislador, passa-se ao princípio da estreita legalidade, em que a lei se submete também a vínculos substanciais e princípios expressos nas Constituições. Essa estrita legalidade incluiu uma dimensão substancial tanto na teoria de validade como na teoria da democracia, diferenciando validade e vigor de leis³⁷⁰.

As modificações nesse período deram ensejo à formulação teórica denominada neoconstitucionalismo, em especial na Europa continental, Estados Unidos e Brasil, preocupada em adequar o positivismo ao novo momento constitucional. Não se trata, entretanto, de um movimento

³⁶⁸OTTO, Écio. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: _____; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 15 e ss.

³⁶⁹Ibidem, p. 21.

³⁷⁰FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 43-46.

consolidado, principalmente pelo fato de possuir em seu interior uma série de equilíbrios de difícil convivência. Daí a denominação da obra referencial de Carbonell: neoconstitucionalismo(s), no plural³⁷¹.

Ainda que referente a diversas teorias, é possível estabelecer elementos em comum dentro desse movimento, o que realiza Pozzolo. Assim, são pontos em comum das teorias neoconstitucionalistas: 1. distinção entre regras e princípios, acompanhada da recomendação para que juízes valham-se de princípios e argumentos relacionados a justiça para solução de conflitos; 2. distinção entre ponderação e subsunção, já que princípios somente podem ser aplicados no caso concreto e mediante sopesamento em relação a valores conflitantes; 3. penetração geral do texto constitucional por um conteúdo substancial que condiciona a validade das normas infraconstitucionais, substituindo-se o princípio da legalidade pelo princípio da supremacia constitucional; 4. possibilidade de interpretação judicial criativa, sendo possível a interpretação do direito de acordo com exigências de justiça do caso concreto (interpretação moral derivando do próprio texto legal)³⁷².

Ressalta-se, todavia, quanto ao segundo ponto elencado pela autora, que nem todos os autores neoconstitucionalistas fazem referência à ponderação, tendo esta um conteúdo substancialmente diferente conforme o autor que a utiliza. Ainda, é possível defender que mesmo a ponderação em Alexy (a teoria mais elaborada e difundida sobre ponderação), esta é um processo complexo que termina por uma aplicação de princípio com base na subsunção.

Um outro elemento que pode ser adicionado a esse rol é o neoconstitucionalismo ter por uma de suas teses centrais a vinculação entre moral e direito. Com a inclusão de princípios morais nas constituições contemporâneas, principalmente por meio de conceitos jurídicos indeterminados de conteúdo axiológico, a racionalidade moral passa a exercer um papel fundamental na racionalidade jurídica, formando-se uma relação intrínseca entre direito e moral³⁷³. É justamente

³⁷¹CARBONELL, Miguel. (ed.) **Neoconstitucionalismo (s)**. 4. ed. Cidade do México: Trotta, 2009.

³⁷²POZZOLO, Suzanna. O neoconstitucionalismo como último desafio do positivismo jurídico. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 11.

³⁷³CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARLOS DUARTE, Francisco. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 206-220, ago. 2012. Disponível em:

essa junção entre direito e moral que se torna a maior crítica de autores positivistas aos autores neoconstitucionalistas, eis que no positivismo o conceito de moral encontra-se afastado do campo jurídico. O neoconstitucionalismo seria dessa forma um retorno ao jusnaturalismo.

Comanducci³⁷⁴ diferencia três formas de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico. Será uma ideologia quando dirigir-se a limitação do poder e proteção de direitos fundamentais, contrapondo-se ao positivismo ideológico. Já enquanto teoria do direito, trata de descrever as modificações nos sistemas jurídicos contemporâneos. Por fim, poderá também oferecer uma metodologia para o direito.

Enquanto teoria (descritiva) do direito, são características desse novo momento constitucional: positivação de direitos fundamentais, constituição ‘invasora’ (tratando de temas de direito material), presença na Constituição de princípios e regras, e peculiaridades na interpretação e aplicação das leis. Tais características demonstram uma alternativa à teoria positivista tradicional, a qual baseia-se, por sua vez, na tríade “estatalismo, legicentrismo y el formalismo interpretativo”, não mais sustentáveis na contemporaneidade³⁷⁵.

O neoconstitucionalismo ideológico, por sua vez, não se limita a descrever os ganhos do processo de constitucionalização, mas também os valora positivamente e propugna sua defesa e ampliação. Nessa vertente, destaca-se a exigência de que as atividades do legislativo e do judicial estejam vinculadas à concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. São alguns de seus adeptos Alexy, Dworkin e Zagrebelsky. Essa vertente neoconstitucionalista seria uma variante moderna do positivismo ideológico, eis que postula pela obrigação de obediência à lei (em sentido amplo), muito embora propugne uma diferenciação substancial entre a interpretação legal e a constitucional³⁷⁶.

Por fim, o neoconstitucionalismo metodológico preocupa-se com uma tomada de posição metodológica, relacionando-se com alguns autores do neoconstitucionalismo ideológico (em especial, Dworkin e

<<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3968/2345>>. Acesso em: 23 nov. 2013. doi:10.14210/nej.v17n2. p 206-220. p. 216.

³⁷⁴COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: unanálisismetateórico. In: CARBONELL, Miguel. (ed.) **Neoconstitucionalismo (s)**, 4. ed. Cidade do México: Trotta, 2009. p. 80.

³⁷⁵Ibdem, p. 82-3.

³⁷⁶Ibdem, p. 85.

Alexy). São bases desse viés a distinção entre ser e dever ser e a identificação entre direito e moral³⁷⁷.

Cabe aqui uma diferenciação de primordial importância. Não se deve confundir neoconstitucionalismo com novo constitucionalismo latino americano (NCLA). Este último engloba uma série de modificações ocorridas em algumas Constituições da América Latina que buscam romper com o modelo europeu de constitucionalismo, em especial as constituições da Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). Trata-se da busca por um modelo de direito mais adequado às sociedades do sul, baseado em um pluralismo jurídico que resgata identidades culturais dos povos colonizados. Dentre muitos elementos inovadores, ressalta-se a proteção à natureza (que na Bolívia e no Equador torna-se sujeito de direito), o reconhecimento da justiça indígena e a busca pela emancipação por meio da democracia participativa³⁷⁸.

A teoria do direito contemporânea é composta também de um arsenal de teorias argumentativas, que visam racionalmente justificar a atuação judicial. Enquanto as teorias neoconstitucionalistas partem como referencial primário da distinção entre regras e princípios elaborada por Dworkin, as teorias argumentativas partem da tópica de Viehweg (muito embora o próprio Viehweg não possa ser considerado um autor dessa corrente), diferenciando contexto de descoberta de contexto de justificação e incluindo a argumentação no segundo momento. São autores preocupados com a argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, Maccormick e Alexy, dentre outros³⁷⁹.

Ainda dentro das teorias jurídicas contemporâneas, é primordial a menção ao único autor que se considera pós positivista, Friederich Muller. Por meio da teoria estruturante do direito, distingue o filósofo alemão dispositivo legal de norma, sendo essa última apenas concretizada no momento da aplicação por meio de um processo indutivo. Muller critica as teorias neoconstitucionalistas por entendê-las jusnaturalistas, indevidamente confundindo direito e moral.

³⁷⁷ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. (ed.) **Neoconstitucionalismo (s)**, 4. ed. Cidade do México: Trotta, 2009. p. 86-7.

³⁷⁸ WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 329-342, Jul. 2013. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4683/2595>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

³⁷⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003.

Considerando que a prescrição positiva é apenas a “ponta do iceberg”, entende Muller que

Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação³⁸⁰.

Em solo pátrio, no entanto, é patente na teoria do direito uma certa confusão com relação à esse momento histórico. Inicialmente, quanto à denominação, que, para Dimouliis³⁸¹, seria de uma impropriedade desmedida, eis que o “pós-positivismo” possui fortes elementos inconciliáveis com o positivismo (por exemplo, a fusão entre direito e moral, inaceitável no positivismo). Ainda, o autor ressalta que nem cronologicamente é aceitável tal termo, pois positivismo e neoconstitucionalismo são fenômenos jurídicos contemporâneos.

Ademais, é muito comum dentre teóricos brasileiros atribuir ao neoconstitucionalismo uma certa uniformidade, não diferenciando as especificidades de diversos autores europeu, sendo comum incluir dentro do rol de “autores pós-positivistas” teóricos europeus com pensamentos divergentes entre si (como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Mac Cormick...) sem realizar a ressalva da distinção entre eles. Nas palavras de Dimouliis:

Autores nacionais que se intitulam pós-positivistas, baseando sua abordagem em uma rejeição do positivismo jurídico e constituindo, na atualidade, a corrente que predomina nos debates sobre a teoria do direito o não possuem uma clara orientação teórica, limitando-se a uma retomada de posturas idealistas do passado e fazendo referências ecléticas a autores estrangeiros cujas obras são teoricamente incompatíveis entre si e, seguramente, não podem ser classificadas em uma

³⁸⁰MULLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁸¹DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político. São Paulo: Método, 2006. p. 60 e ss.

única corrente³⁸².

Adverte-se, entretanto, que ao atribuir uma certa uniformidade aos autores “pós-positivistas”, atribuindo-lhes uma limitação na “orientação teórica”, Dimoulius acaba cometendo a mesma generalização que condena: atribuir a um grupo de autores uma certa uniformidade inexistente.

Cabe lembrar ainda, em sentido semelhante, a advertência de Silva acerca do sincretismo metodológico, definido como a “adoção de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem”³⁸³. Ainda no âmbito dessa crítica, Silva denuncia a adoção de métodos e princípios interpretativos de outros países (em especial a Alemanha) como se constituíssem algo universal, deixando de adequá-los à ordem jurídica brasileira³⁸⁴.

Se a própria teoria do direito brasileira confunde conceitos basilares referentes a esse momento histórico contemporâneo, muito maior é a confusão na aplicação de tais conceitos. Foi o que demonstrou a pesquisa realizada por Moraes, que analisou 189 decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nos últimos dez anos e que faziam referência à aplicação da proporcionalidade conforme propôs Alexy.

A pesquisa verificou que não houve uniformidade quanto à identificação dos princípios envolvidos e nem quanto ao conceito de princípio utilizado, aplicando-se a proporcionalidade indiscriminadamente para qualquer tipo de colisão. Verificou-se ainda que grande parte das decisões não seguiu a metodologia proposta por Alexy, não havendo clareza nos julgados quanto à utilização dos elementos que a compõem. Para o autor, desenvolveu o STF uma “lógica própria incomensurável”, vinculando a proporcionalidade a critérios intersubjetivos. Toda essa divergência foi observada dentro de um mesmo órgão judicial e ao longo de muitos anos, demonstrando a dificuldade dos juízes e tribunais em aplicarem na prática a teoria neoconstitucionalista³⁸⁵.

³⁸² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político. São Paulo: Método, 2006. p. 63.

³⁸³ SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, [S.l.], n. 1, p. 607-630, 2003. p. 627.

³⁸⁴ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 182.

³⁸⁵ MORAIS, Fausto. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Direito, Universidade do Vale do Sino, Rio Grande do Sul, 2013. p. 217 e ss.

Primordial é a análise de Neves³⁸⁶ quanto ao neoconstitucionalismo. Para o autor, deve-se partir da análise dos fatores que impedem no Brasil a tomada de decisões “juridicamente consistentes e socialmente adequadas”, para somente então contribuir para uma teoria constitucional. Destarte, dada a reflexividade dos princípios, estes são mais sujeitos a abusos na concretização, pois podem mais facilmente serem articulados para encobrir interesses particularistas. Nas palavras do autor, “se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica”³⁸⁷.

Um outro grave problema apontado pelo autor é a “compulsão ponderadora”, ou utilização sem limites da ponderação, que leva à acomodação de interesses marginais à democracia sob o manto retórico dos princípios, tornando a racionalidade jurídica irracional para o sistema político e a racionalidade política irracional para o Estado³⁸⁸.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Streck, que denomina o uso indiscriminado de princípios como “pampricipiologismo” (*sic*), em que, a partir da alegação da positivação de valores, identifica-se que é necessário tantos princípios quantos forem necessários para corrigir as incertezas linguísticas ou solucionar os casos difíceis³⁸⁹.

Em relação ao direito ambiental, as principais contribuições do neoconstitucionalismo estão relacionadas ao reconhecimento da força normativa dos princípios, bem como da necessidade de preenchimento das normas ambientais por meio de valores constitucionalmente assegurados. Também as críticas quanto à aplicação do neoconstitucionalismo são aplicáveis ao direito ambiental: como afirmou Neves, uma doutrina principialista pode favorecer a multiplicação de ilegalidades e a prevalência de interesses particulares³⁹⁰.

Isso porque a abertura oferecida pelo neoconstitucionalismo acaba sendo má utilizada de forma a fazer prevalecer interesses econômicos em face ao meio ambiente. Isso fica claro, por exemplo,

³⁸⁶NEVES, Marcelo. op. cit.

³⁸⁷Ibidem. p. 189, 191.

³⁸⁸Ibidem. p. 192 e ss.

³⁸⁹STRECK, Lenio Luiz. Do pampricipiologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. v. 49. n. 194. abr/jun 2012.7-21. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 9.

³⁹⁰NEVES, Marcelo. op. cit.

com base na afirmação do princípio “sustentabilidade” que é utilizado em lides ambientais para favorecer o interesse econômico. Ou seja, na “ponderação” entre uma prática econômica poluidora mas socialmente aceita (seja pelos empregos que gera, seja por incentivos estatais a sua realização) acaba sempre prevalecendo o interesse econômico. Essa tendência ficou muito clara na análise da questão da queima da cana de açúcar.

Uma outra tendência muito forte no direito ambiental é a afirmação de determinadas regras como princípios, afastando a sua aplicação perante aquele caso concreto. Sendo muito comum entre autores neoconstitucionalistas e julgadores a confusão entre as definições de regras e princípios (sincretismo metodológico), a análise de quais seriam os princípios e quais são regras torna-se uma escolha aleatória. Assim, por exemplo, a classificação do chamado “princípio da proibição do retrocesso” como um princípio tem como consequência afirmada a possibilidade de seu afastamento mediante as circunstâncias concretas, conforme realização de “ponderação”. Todavia, a sua classificação como um direito fundamental e, logo, regra basilar do direito ambiental, torna sua aplicação uma determinação constitucional inafastável.

Embora com inegáveis contribuições para o Direito, o neoconstitucionalismo não consegue superar definitivamente o aspecto cientificista do direito, eis que ainda baseia a interpretação do direito na aplicação de métodos, separando os momentos de compreensão e aplicação do direito.

O paradigma científico da interpretação jurídica mostrará suas falhas na medida em que os métodos interpretativos não forem capazes de compreender a complexidade da situação fática a qual são submetidos, mantendo oculta a situação prévia do intérprete. É justamente com base nessa insuficiência que a hermenêutica filosófica será aplicada à interpretação jurídica, demonstrando que tanto a realidade do intérprete, como a realidade do texto legal devem pertencer ao momento de compreensão do direito, abrindo a interpretação jurídica a uma possibilidade crítica. Nesse sentido, a hermenêutica filosófica possui inegáveis contribuições para a searajurídica, na medida em que torna possível a compreensão para além do método jurídico, desvelando aquilo que o cientificismo jurídico oculta.

São essas contribuições que passam a ser analisadas no próximo tópico.

4.3.2 As implicações da hermenêutica filosófica para o Direito

Para trabalhar com as implicações da hermenêutica filosófica para o Direito, Gadamer se propõe a analisar as distinções entre o historiador jurídico e o jurista, buscando descobrir se há diferença unívoca entre o interesse dogmático e o interesse histórico³⁹¹. Gadamer reconhece que há uma diferença entre os dois âmbitos (principalmente porque o jurista trabalha com um caso concreto e o historiador não) mas salienta que é apenas no conjunto dessas duas aplicações que o sentido da lei torna-se concreto³⁹².

Assim, o filósofo de Marburgo se opõe ao pensamento de Betti, para quem enquanto o historiador deve buscar, através da objetividade histórica, o valor posicional da lei na história, o jurista deve reconduzir essa compreensão para sua adaptação ao ambiente jurídico. Contrapõe-se, ainda, ao entendimento de Savigny, que entendia que o ofício do jurista seria comprovar o sentido original da lei e aplicá-lo ao caso concreto no presente. Assim, tal ofício se tornaria puramente histórico³⁹³.

No entanto, em Gadamer, o jurista não deve ficar adstrito ao sentido original das leis, mas deve ainda admitir que as circunstâncias fáticas sofreram modificações e que portanto o sentido original da lei deve ser adaptado. Já no caso do historiador do direito, torna-se essencial que esse pense o Direito juridicamente também, pois não pode ignorar a “sobrevivência jurídica” de uma lei³⁹⁴.

Analisando essa distinção proposta por Gadamer, Bittar sintetiza as seguintes contribuições da hermenêutica filosófica para o direito: “pluralidade de sentidos de todo texto normativo; o desenraizamento do texto produzido das intenções que o revestiram no momento de sua produção; a solução de continuidade entre presente e passado nas mãos do jurista”³⁹⁵.

Por meio dessa distinção é cabível ainda a análise da historicidade para o Direito, eis que “a dimensão histórica se torna um contínuo fluxo de informações, com importações e exportações de sentido, na mão do jurista e do julgador.” É justamente por isso que o

³⁹¹ GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 493.

³⁹² *Ibidem*, p. 483.

³⁹³ *Ibidem*, p. 484.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 485.

³⁹⁵ BITTAR, Eduardo. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 194.

passado não é uma realidade já extinta, mas sim algo que pode ser revigorado na experiência contemporânea para, nas mãos do julgador, tornar-se criação de soluções jurídicas para as necessidades de hoje³⁹⁶.

Ampliando a noção de historicidade em que se situa o direito, afirma Camargo, contarmos “também com uma tradição especificamente jurídica, de regras e princípios, que se mantêm no tempo e servem de sustentação às decisões, segundo a regra de justiça”³⁹⁷.

É interessante observar que Gadamer parte da afirmação de que a hermenêutica jurídica pode apenas ser fecunda quando a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica. Isso porque em casos de absolutismo, em que a vontade de uma pessoa está acima da lei, já não seria possível hermenêutica alguma, eis que tal intérprete supremo poderia dar à lei a interpretação que lhe conviesse³⁹⁸.

Assim sendo, Gadamer propõe uma conciliação entre a dogmática jurídica e a hermenêutica, de forma a evitar arbitrariedades judiciais:

A tarefa da interpretação consiste em **concretizar a lei** em cada caso, isto é, em sua **aplicação**. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto [...] Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção³⁹⁹.

³⁹⁶BITTAR, Eduardo. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs).

Hermenêutica plural. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 197.

³⁹⁷CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2003. p. 20.

³⁹⁸GADAMER, op. cit., p. 488.

³⁹⁹Ibidem, p. 489-490. (Grifo no original).

É com base nessa conjunção entre dogmática e hermenêutica que não se torna justificável qualquer decisão jurídica, afastando o relativismo decisório. Em outras palavras, a pré-compreensão do intérprete e a análise da historicidade fática não permitem que se extrapole o disposto em lei na concretização decisória, pois a hermenêutica filosófica condena arbitrariedades. Por mais que a posição do intérprete seja fundamental para a hermenêutica, ela não tem a capacidade de ignorar o texto interpretado: a compreensão é a fusão de horizontes, e não a prevalência de um sobre outro.

Isso quer dizer que a importância do intérprete na compreensão do texto não significa que ele se torna o único autor ou o exclusivo legislador do sentido. É fato que o significado é apenas obtido com a interpretação, mas não são todas as interpretações que são cabíveis: é possível identificar interpretações temerárias ou proibidas⁴⁰⁰.

Durante a história, as teorias interpretativas (e em especial as jurídicas) sempre oscilaram como um pêndulo entre a objetividade pura e a subjetividade do intérprete, ora excluindo totalmente o intérprete e definindo a interpretação como a busca do significado oculto, ora colocando a interpretação como um ato de vontade livre do sujeito. No Direito, oscilamos entre o juiz como boca da lei e a interpretação como ato de vontade. Essa disposição pendular é rompida pela hermenêutica filosófica por uma série de motivos.

Inicialmente, porque nunca atingimos a total objetividade ou subjetividade, existindo a todo tempo e simultaneamente vinculação e liberdade, cada qual em uma medida: “sempre há um pouco de objetividade na subjetividade e um pouco de subjetividade na objetividade”⁴⁰¹.

Ademais, não é mais cabível a distinção simplória entre sujeito e objeto como polos antagônicos, dado o caráter dialógico da compreensão. Trata-se de um evento que se dá em uma dupla trajetória, do dispositivo legal para o jurista por meio da exteriorização e do jurista para o texto legal por meio da revelação da linguagem. O direito não é mais um objeto a que o sujeito coloca-se a interpretar; o direito está em diálogo constante com o intérprete, produzindo e criando sentidos a cada nova fusão de horizontes, em uma espiral compreensiva. Nesse sentido, Pasqualini afirma:

⁴⁰⁰PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 170.

⁴⁰¹Ibidem p. 169.

Hermenêutica, entretanto, não deveria ser confundida com meras estratégias circunstanciais, sejam de dominação, sejam de autoflagelação. Antes, a exegese afigura-se um desafio para que juntos, texto e intérprete, em um infinito e dialógico processo de mútuas perguntas e respostas, reúnam condições para descobrir suas próprias potencialidades e fragilidades⁴⁰².

Por fim, a distinção entre objetividade e subjetividade pode ser enfrentada pelo prisma da universalidade da linguagem, que torna qualquer ato de compreensão um ato intersubjetivo de mediação, em que as prescrições assumem ao mesmo tempo um caráter normativo e social. O ser que pode ser interpretado é a linguagem; conhecemos o mundo por meio da linguagem, esse elemento que liga o dispositivo legal ao intérprete: o solo comum aos horizontes passado e presente.

A práxis jurídica passa, nesse momento, a ser um elemento fulcral para o direito. Com base em Gadamer, Camargo define compreender como “indagar sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas”⁴⁰³. Assim, o direito passa a existir apenas enquanto compreendido, já que as leis, constituídas por regras gerais e abstratas, apenas adquirem um significado concreto quando remetidas à prática, no momento da decisão judicial. Nas palavras da autora, “o método do direito é, portanto, o método tópicohermenêutico. Cada situação deve ser compreendida em função do problema que apresenta e da tradição histórica na qual se insere”⁴⁰⁴.

Em outro momento, afirma Camargo quanto à aplicação do direito: “não se trata de subsumir um fato a uma ideia geral, porque, a nosso ver, a ideia da norma já nasce, para o intérprete, concreta; e concreta, justamente, porque adstrita ao fato que se compreende”⁴⁰⁵.

Lixa, por sua vez, defende a ideia de que o pensamento de Gadamer tem profundos reflexos para um pensamento crítico do direito, partindo da desocultação do horizonte herdado pela tradição positivista,

⁴⁰²PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁰³CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 20.

⁴⁰⁴Ibidem, p. 22. Importante ressaltar que Camargo entende que a compreensão é realizada por meio da técnica argumentativa, valendo-se da teoria da argumentação proposta por Perelman. No entanto, não será esse o posicionamento aqui adotado.

⁴⁰⁵Ibidem, p. 44.

que postula assegurar a neutralidade e a segurança jurídica. Tal crítica evidencia a vinculação existente entre a intenção reprodutória dos textos legais e a manutenção das forças históricas condicionantes de dominação. Nas palavras da autora,

Reconhecer o papel determinante da tradição do pensamento jurídico como preconceito – no sentido gadameriano – é o passo determinante para a autocrítica. [...] Refletindo acerca da prática dos juristas e questionando seus pré-questionamentos, vislumbra-se a possibilidade de superar as mistificações científicas da sociedade moderna, pois o confronto exigido por um ato hermenêutico questionador é sempre e necessariamente uma crítica que a tradição impõe⁴⁰⁶.

Verifica-se dessa forma que por trás de um discurso “científico” do direito, que tem por fundamentos a legalidade estrita, a objetividade e a coerência como meios de atingir a verdade, reproduz-se não apenas o texto da lei, como também todo um conjunto de práticas encobertas de dominação e manutenção da ordem social estabelecida.

Daí o potencial crítico que a hermenêutica filosófica oferece, contestando a objetividade na interpretação das leis através da clarificação dos processos de pré-condicionamento e vinculação à tradição a que está sujeito o interprete da lei. A hermenêutica jurídica deixa de ser meramente metodológica e passa a incluir a “relação vital com o mundo circundante”, em um diálogo permanente com a realidade em que estão inclusos tanto o objeto (o direito) como seu intérprete (o jurista).

A abertura para a possibilidade da reflexão filosófica no campo jurídico, reorienta o discurso jurídico no sentido de sua inserção num horizonte compreensivo crítico, evidenciando a gênese do processo de produção do conhecimento jurídico. [...] Com isso, a hermenêutica jurídica passa a ser o campo reflexivo do Direito e de sua prática social, a revisão do sentido existencial do Direito a partir

⁴⁰⁶LIXA, Ivone, op. cit., p. 96.

de sua historicidade⁴⁰⁷.

Ademais, vale lembrar que Gadamer ainda possui uma profunda contribuição no sentido de evidenciar a impossibilidade da identificação do sentido originário da lei e, portanto, a sua reprodução no caso concreto. Dessa forma, as decisões judiciais passam a ser uma atividade produtiva, em que a fusão dos horizontes da lei e da realidade social produzem uma norma jurídica apenas no caso concreto. Daí a vinculação que Gadamer propõe entre os momentos de compreensão e aplicação da lei: apenas perante um caso concreto e apenas mediante a fusão de horizontes é possível compreender o sentido de determinada regra.

Indo contra as disposições positivistas que postulavam por uma atividade do juiz meramente reprodutora (no dizer de Montesquieu, o juiz como a boca da lei), Gadamer abre a possibilidade para uma atuação judicial criativa, produtora, renovando e dando sentido à previsão normativa.

O momento de aplicação de uma norma não está restrito a encontrar os fundamentos do momento em que o código foi escrito (sejam tais fundamentos a vontade da lei ou a vontade do legislador) mas deve ocorrer por meio de um balanceamento com os fatos e valores vigentes no presente. Assim, “no processo jurídico decisório, a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios e, de certa forma, sedimentados, que nos possibilita alcançar suas conclusões com um mínimo de previsibilidade. [...] É seu viés dogmático, composto pela lei, doutrina e jurisprudência”⁴⁰⁸.

A pré-compreensão é um momento essencial para a compreensão, pois exprime a estrutura prévia existencial que é peculiar a toda presença. No entanto, a compreensão não está restrita aos postulados da pré-compreensão, mas deve servir de pressuposto a um projetar que ocorre de forma dialética.

Ressalte-se ainda que a compreensão em Gadamer parte da ideia da pergunta e do diálogo, em que o autor entra em diálogo com o texto na busca pelo *logos*. A pergunta, em Gadamer, tem uma inerente negatividade: é um “saber que não sabe”, eis que só aquele que oferece uma abertura sabe perguntar. Assim, “quando se pergunta, deixam-se abertas possibilidades de sentido, de maneira que aquilo que tenha

⁴⁰⁷LIXA, Ivone, op. cit., p. 156.

⁴⁰⁸CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit., p. 50.

sentido possa ser introduzido na própria opinião”⁴⁰⁹. Em relação ao direito, isso nos leva a entender que desvelar o novo paradigma instaurado pela Constituição dirigente de 1988 por meio do Estado Democrático de Direito pressupõe que perguntemos à Constituição o que ela tem de novo, abrindo as possibilidades para a construção/compreensão de seu sentido.

É nesse sentido que assegurar a força normativa da Constituição pressupõe a desconstrução do modelo jurídico baseado nas certezas da dogmática pois, nas palavras de Gadamer, aquele que tudo sabe, não sabe perguntar e, portanto, não pode compreender.

Baseando-se na hermenêutica filosófica, tem sido elaborada em solo pátrio uma teoria denominada Nova Crítica do Direito (NCD), em especial pelo jurista Lênio Streck. A teoria é definida como um “processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico)”. Essa metafísica é identificada com a teoria do conhecimento, em que predomina o método e a tecnicização, levando a uma cultura jurídica estandarizada. Assim, a NCD almeja desvelar aquilo que está oculto na metafísica, percebendo o que somos por meio da tradição, em que o sentido já vem antecipado pela pré-compreensão e reconhecendo a importância da linguagem como constituinte e constituidora do saber⁴¹⁰.

Um dos principais pontos ressaltados por Streck diz respeito à eliminação da discricionariedade do momento interpretativo, eis que para o autor esse seria um elemento fulcral do positivismo ocultado pelas ‘inovações’ propostas pelos neoconstitucionalismo. Estando a democracia no âmbito de intersubjetividade da historicidade do Direito, a historicidade promove um movimento circular inacabado entre as concepções das fontes, das normas e da interpretação, de forma que a significação jurídica de cada caso concreto é apenas obtida frente à responsabilidade judicial de integridade e coerência⁴¹¹.

Com base na NCD, Morais salienta que autores neoconstitucionalistas entendem que a aplicação do direito é mera decorrência de aplicação de métodos jurídicos (sejam eles subsunção ou

⁴⁰⁹GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 522.

⁴¹⁰STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 9. ed. rev. at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 318, 319.

⁴¹¹MORAIS, Fausto. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Direito, Universidade do Vale do Sino, Rio Grande do Sul, 2013. p. 273 e ss.

ponderação), “independentemente da instauração de um processo histórico-temporal de (re)construção progressiva dos critérios consagrados na historicidade do direito diante do desafio imposto pela facticidade do caso concreto”⁴¹². Assim, a cultura jurídica brasileira mantém-se fundamentada no paradigma cientificista e metafísico, que sustenta a interpretação jurídica em métodos e ignora aquilo que é subjacente ao direito (como a sociologia, a antropologia, a psicologia...)

Seguindo as críticas ao neoconstitucionalismo acima elencadas, sustenta-se que, seja qual for o referencial teórico adotado (neoconstitucionalismo, teoria da argumentação ou pós-positivismo), não pode o intérprete do direito desconsiderar a revolução promovida por Gadamer no campo da hermenêutica jurídica. Muito além de aplicar métodos interpretativos, deve o intérprete estar consciente de que a compreensão é condicionada a todo um conjunto de pré-conceitos e pré-compreensões dos quais não é possível desvincular-se, senão tornar-se consciente de sua existência.

Enquanto teoria descritiva do direito, o neoconstitucionalismo teórico oferece uma perspectiva indispensável para análise do direito contemporâneo. É inegável que a Constituição de 1988 inaugurou um novo paradigma no direito brasileiro, modificando radicalmente o papel ocupado pelo Estado na ordem jurídica. Assim, nesse Estado Democrático de Direito, a ordem constitucional torna-se fundamento indispensável para transformação da sociedade e para concretização de direitos fundamentais. Ao positivizar valores caros à sociedade, como a sustentabilidade, a dignidade humana e a proteção ambiental, a Constituição torna-se filtro axiológico indispensável para concretização de qualquer dispositivo legal do sistema jurídico.

Também é evidente que o Poder Judiciário passa a assumir um papel de destaque nesse novo cenário estatal, dado o caráter prospectivo da Constituição. Com a superação do paradigma da legalidade pelo paradigma da constitucionalidade e com a complexidade cada vez mais latente nos casos postos à análise do Judiciário, este passa a ter uma atuação marcante e imprescindível para concretização do Direito no caso concreto.

Todavia, para serem considerados algo “novo” ou algo “pós”, os novos movimentos na teoria do direito devem superar algumas das

⁴¹²MORAIS, Fausto. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Direito, Universidade do Vale do Sino, Rio Grande do Sul, 2013. p. 273 e ss.

questões mais problemáticas no campo da interpretação jurídica, realizando a viragem linguística proporcionada por Gadamer. Ou seja, enquanto as teorias de interpretação jurídica estiverem baseadas em métodos, esquemas e procedimentos interpretativos, desconsiderando todo o arcabouço histórico e fático que acompanha os horizontes do direito e de sua aplicação, não terão superado o positivismo jurídico clássico e não poderão ser consideradas uma inovação e nem ao menos uma superação.

Ainda que inegável a necessidade de utilização de princípios e valores morais para concretização do direito, essa utilização não pode servir para ocultar elementos pré-compreensivos do intérprete, colocando a facticidade encoberta. É somente no desocultamento da historicidade que é possível abrir uma clareira no Direito e dessa clareira fazer emergir o potencial transformador do Direito. Assim, “a Constituição deve ser, pois, significada, tornada visível, em um acontecer do Direito” ao mesmo tempo em que se torna transparente a própria situação hermenêutica⁴¹³.

Quanto ao neoconstitucionalismo em sua vertente metodológica, vale aqui toda a crítica realizada por Gadamer à utilização de métodos nas ciências do espírito: a questão colocada pela hermenêutica filosófica é descobrir e tornar consciente algo que permanece encoberto e desconhecido pelos métodos interpretativos, ou seja, evidenciar aquilo que, antes de traçar limites e restringir a ciência dos métodos, precede-a e em parte torna-a possível⁴¹⁴.

Não está a hermenêutica filosófica preocupada com a metodologia para o conhecimento da verdade, mas sim com o descobrimento de uma questão ontológica fundamental, que diz respeito à compreensão da historicidade em que estão imersos o ser e o texto. Evidencia Gadamer que existe muito mais além da aplicação dos métodos, e que o ato de desvelamento de um texto somente é realizado com uma postura hermenêutica fenomenológica como a por ele proposta.

Streck ressalta, quanto à utilização de métodos, que pensar na interpretação enquanto produto do método é imaginar que o sistema jurídico é algo sem sentido que recebe de nossa subjetividade essa significação. Ou seja, a interpretação é concebida como um mero ato de

⁴¹³STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 9. ed. rev. at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 300 e ss.

⁴¹⁴GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 15

conhecimento. Isso é um equívoco porque antes de cada interpretação manifesta-se o hermenêutico, o nosso modo de compreender o mundo. Ou seja, a concretização do direito é um ato hermenêutico ontológico, e não um ato epistemológico⁴¹⁵.

Em suas palavras,

a hermenêutica de cariz filosófico não depende de procedimentos. Não é, portanto, normativa; é atribuição de sentido; é expressão do modo-de-ser-no-mundo, a partir da pré-compreensão do intérprete. Essa pré-compreensão é produto da relação intersubjetiva que o intérprete tem no mundo. O intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito-objeto. Estará, sim, sempre inserido em uma situação hermenêutica⁴¹⁶.

Ademais, quanto à tendência do neoconstitucionalismo de efetuar a divisão entre contexto de descoberta da norma e contexto de justificação (em especial pelos autores da teoria da argumentação), é inelutável ressaltar que Gadamer evidenciou que a compreensão é um ato uno, sendo totalmente incabível a distinção entre os momentos compreensivos, interpretativos e de aplicação.

A compreensão de um texto ocorre no momento em que se concretiza a fusão entre o horizonte passado e o horizonte presente, em uma relação circular entre a historicidade representada pelo texto e a pré-compreensão do intérprete. Assim, é somente no momento em que a o dispositivo legal é aplicado que ele se tornou compreendido. Da mesma forma, apenas se compreende o direito quanto este é aplicado ao caso concreto.

A hermenêutica filosófica oferece, desta forma, um amplo instrumental teórico para crítica da dogmática jurídica, seja pela negação da possibilidade de reconstrução do sentido originário da lei, seja pela vinculação do intérprete à realidade vivenciada ou ainda a abertura à alteridade através do diálogo. Ainda, oferece a possibilidade de decisões judiciais criativas, que produzam o direito no caso concreto de acordo com a situação fática analisada.

⁴¹⁵STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 9. ed. rev. at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 311.

⁴¹⁶STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 246.

As contribuições oferecidas pela hermenêutica filosófica ao direito são inegáveis e imprescindíveis para o estudo da interpretação de qualquer que seja o dispositivo legal aplicado. Essa mudança de perspectiva na aplicação do direito, que deixa de ser epistemológica para ser compreensiva, evidenciando toda uma pluralidade de elementos além do método, representou uma revolução copernicana no campo jurídico.

No entanto, essa viragem linguística parece não ter sido bem compreendida tanto pelos teóricos do direito como pelos seus aplicadores, que insistem na utilização de métodos interpretativos que evidenciem “a intenção da lei”, sempre em nome da objetividade e da segurança jurídica. Essa manutenção dos elementos positivistas interpretativos sem a devida pré-compreensão da realidade do intérprete possui reflexos desastrosos para a efetivação do direito e em especial dos direitos fundamentais, eis que ao efetivar a “vontade da lei” mantem a ordem econômica dominante, obstaculizando a transformação social.

O entendimento da hermenêutica filosófica é imprescindível para qualquer estudo relacionado à interpretação, seja ela jurídica, teológica ou filológica. No entanto, no que tange ao direito ambiental, a ignorância da hermenêutica filosófica pode levar à (não) aplicação das normas ambientais, gerando danos de consequência irreparáveis.

Se a hermenêutica filosófica já é doutrina primordial para o direito, no campo do direito ambiental seu estudo torna-se tarefa inelutável para plena concretização das normas ambientais. É o que passa a ser analisado no próximo capítulo.

5 ALÉM DOS MÉTODOS: O DIREITO AMBIENTAL ENTRE A FACTICIDADE E A LINGUAGEM

Mediante o que até aqui já foi exposto, fica muito claro que o momento vivenciado é de revolução de paradigmas: um momento de ruptura, em que os modelos dominantes não mais apresentam soluções apropriadas para solução dos problemas contemporâneos. Trata-se de uma policrise, que atinge ao mesmo tempo a sociedade, o direito, o meio ambiente e o próprio método científico.

No âmbito do direito ambiental, especificamente, a dogmática jurídica não mais consegue oferecer respostas adequadas para a concretização do direito, gerando um descompasso entre os direitos garantidos e a realidade vivenciada. É nesse contexto que passa-se a sustentar a necessidade do surgimento de um novo paradigma.

Para Kuhn, um paradigma é o modelo cientificamente adotado por determinado percorrer de tempo que fornece aos pesquisadores problemas e soluções. Em suas palavras, um paradigma é “conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação. Essas são os paradigmas da comunidade, revelados nos seus manuais, conferências e exercícios de laboratório”⁴¹⁷. Esse paradigma seria, no entanto, algo mutável, e não uma constante progressiva na história. Assim, em determinado momento, um paradigma entraria em crise, levando ao surgimento de novos métodos e problemas: a revolução científica.

Em Kuhn, as revoluções científicas acontecem a partir da consciência de uma anomalia na ciência dominante, gerando um período de insegurança profissional pronunciada. Diversos cientistas passam a formular articulações diferenciadas que questionam a teoria científica dominante, dificultando a própria verificação do que é o paradigma dominante: “todas as crises iniciam com o obscurecimento de um paradigma e o conseqüente relaxamento das regras que orientam a pesquisa normal”⁴¹⁸.

Para o surgimento de um novo paradigma, é essencial o questionamento das bases do paradigma dominante, reconhecendo sua incompletude e suas falhas⁴¹⁹. Um novo paradigma e conseqüentemente a revolução científica têm as suas bases justamente na demonstração de

⁴¹⁷KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 67.

⁴¹⁸Ibidem. p. 115 e ss.

⁴¹⁹Ibidem. p. 125.

incongruências insustentáveis nas bases do paradigma dominante. Assim, a análise de modelos que questionam o paradigma dominante é essencial, dadas as profundas modificações que podem fornecer para nossa realidade. Isso porque uma mudança na concepção teórica não afetaria apenas conceitos e modelos, mas modificaria profundamente nossa própria visão de mundo. Conforme afirma Kuhn,

Quando mudam os paradigmas, mudam com eles o próprio mundo. Guiados por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções. e o que é mais importante: durante as revoluções, os cientistas vêem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados⁴²⁰.

Diante dessa análise das revoluções científicas, é possível afirmar que o que se propõe quanto à efetivação do direito ambiental é uma revolução de paradigmas, já que o discurso positivista, seja na sua vertente clássica (ou paleopositivismo, como pretende Ferrajoli) seja na sua vertente neoconstitucionalista, não oferece mais soluções adequadas para os problemas ambientais.

Essa carência de efetividade do direito ambiental restou demonstrada pela multiplicação dos problemas ambientais e pela incompreensão judicial do direito ambiental, que foram evidenciadas nos dois primeiros capítulos. É possível, destarte, reconhecer que a crise do direito ambiental possui hoje duas frentes: a redução dos níveis legais de proteção por meio de novas legislações retrocessivas e ainda a negação da aplicação dos dispositivos legais existentes, em face de uma alegada “flexibilidade” do direito ambiental frente a proteção econômica e social.

Para construção de um novo paradigma e conseqüente superação da crise, é primordial que os fundamentos do paradigma dominante sejam criticamente analisados, demonstrando as falhas e incongruências que apresentam frente a um novo panorama histórico. Não se constrói um novo paradigma sem antes desconstruir as bases do paradigma dominante. Ou seja, a superação da crise no direito ambiental apenas

⁴²⁰KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.p. 147.

será obtida através de uma análise sistemática das incompletudes da dogmática jurídica para responder aos problemas ambientais.

Nesse contexto, oferece a hermenêutica filosófica elementos fundamentais para superação do paradigma dogmático e construção de um paradigma ecossistêmico, mais adequado às profundas modificações socioambientais enfrentadas na contemporaneidade.

Conforme afirma Heidegger, o papel da hermenêutica é abrir uma clareira para que dela o novo possa surgir. Assim como a clareira é condição de possibilidade para tornar visível a floresta, a hermenêutica filosófica é imprescindível para desocultação do direito, evidenciando um conjunto de práticas e hábitos reiterados dos juristas que levam à inaplicabilidade do direito ambiental, como a busca pela “vontade da lei” ou a negação da força normativa dos princípios.

É importante que se ressalte que a hermenêutica aqui trabalhada vai além da utilização de métodos e procedimentos: relaciona-se com a compreensão do próprio direito e do papel exercido pelo seu intérprete. Ainda que se reconheça a importância da utilização de métodos e procedimentos para a aplicação de leis ambientais, não é essa função da hermenêutica filosófica, configurando um reducionismo pensá-la dessa forma.

No presente capítulo, relacionaremos hermenêutica filosófica e direito ambiental por meio de alguns de seus elementos. Assim, analisaremos as seguintes questões: a pré-compreensão do intérprete, relacionando-a com a formação de um saber (jurídico) ambiental; a fusão de horizontes na interpretação, contribuindo para afirmação de uma responsabilidade de longa geração; e a questão da linguagem no direito ambiental, sua imprescindibilidade para formação do conhecimento e a necessidade de uma interpretação criativa, levando por fim à abertura do direito ambiental. Essa abertura proporcionará possibilidades de concretização e efetivação dos dispositivos ambientais, tendo sempre por objetivo a efetivação do acesso a justiça ambiental.

5.1 A PRÉ-COMPREENSÃO AMBIENTAL E A CONSTRUÇÃO DE UM SABER (JURÍDICO) AMBIENTAL

A hermenêutica filosófica ressalta com peculiar importância a influência de pré-conceitos no momento compreensivo. Todo aquele que compreende realiza um projetar, eis que antes mesmo de ler um texto o intérprete já prelineia um sentido, sujeitando-se a erros e opiniões

prévias. Assim, é imprescindível “que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade”,⁴²¹ sejam tais opiniões quanto a hábitos linguísticos ou mesmo quanto ao conteúdo.

Gadamer coloca a subjetividade humana como um espelho deformante, em que os preconceitos configuram a própria realidade histórica do ser, e não apenas os seus juízos⁴²². Destarte, o preconceito próprio é reconhecido por meio da pergunta e do choque com a pretensão de verdade do outro, experimentando a possibilidade de que o outro se exercite por sua vez. Configura-se, aqui, uma abertura à alteridade, a esse Outro que nos fala por meio do texto.

Para uma compreensão adequada do direito ambiental, torna-se fundamental a identificação de tais pré-compreensões, sejam elas quanto à interpretação ou quanto ao conteúdo, e a construção de uma nova forma de conhecimento baseado na complexidade e na alteridade, como maneira de superação dos pré-conceitos.

No campo do direito, quanto aos pré-conceitos relativos a hábitos linguísticos, a noção exerce uma fundamental importância ao verificarmos que os juristas possuem uma série de hábitos linguísticos e comportamentos reiterados aceitos dentro da dogmática como ínsitos à interpretação das leis. Trata-se do que Warat denominou de senso comum teórico. Nas palavras do autor, pode-se sintetizá-lo como “um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades”,⁴²³.

A função do senso comum teórico é assegurar o controle social, por meio da visão de que a compreensão é meramente reprodução da vontade do legislador, coibindo (e omitindo) qualquer forma de compreensão criativa ou produtiva. Dessa forma, torna-se possível a centralização da produção de sentido. Ainda, por meio da defesa de um direito positivo, coerente e completo, a interpretação é vista dentro do paradigma da neutralidade e da segurança jurídica⁴²⁴.

Com a hermenêutica filosófica, torna-se fundamental reconhecer esse senso comum teórico, desvendando-o e desmistificando-o, eis que

⁴²¹ GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 436.

⁴²² *Ibidem.* p. 436.

⁴²³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: interpretação da lei temas para uma reformulação. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. p. 15.

⁴²⁴ *Ibidem.* p. 15 e ss.

formador da pré-compreensão do intérprete. Não basta a interpretação dos textos: é fundamental a interpretação da própria interpretação. Em outras palavras, não basta interpretar a lei, é fundamental que se esclareça o modo como essa interpretação ocorre.

Inclui-se dentro desse senso comum teórico a noção de que a adoção de métodos interpretativos é suficiente para encontrar a “verdade” jurídica, de forma a reproduzir o “sentido originário” dos textos legais. Todavia, sendo o intérprete um ator social, incluído dentro de uma historicidade, o senso comum acaba encobrindo todo o potencial criativo da interpretação, mantendo um sistema produtor de injustiças socioambientais.

Já no que tange à pré-compreensão quanto ao conteúdo do direito ambiental, esta diz respeito ao que o intérprete entende pelos conceitos formadores da legislação ambiental, como meio ambiente, sustentabilidade, dano ambiental tolerável... Isso porque a concepção que se tem de tais conceitos será fundamental para a plena compreensão dos dispositivos normativos, influenciando na construção de sentido dos dispositivos normativos e, conseqüentemente, no modo como serão aplicados. Por exemplo, tendo o intérprete uma visão mais conservadora de sustentabilidade, pode acreditar ser possível a realização de atividades econômicas poluidoras sem qualquer compensação, face à ponderação de interesses.

Assim sendo, é possível relacionar a pré-compreensão ambiental com a constituição de um conhecimento acerca do ambiente. É nesses termos que se torna possível identificar uma estreita aproximação entre a questão da pré-compreensão na hermenêutica filosófica e o modelo de um saber ambiental fundado na complexidade proposto por Leff, economista mexicano. Leff propõe uma nova epistemologia para lidar com o ambiente, pois “para aprender a aprender é necessário desaprender e dessujeitar-se dos conhecimentos concebidos”⁴²⁵.

Sendo a crise ambiental uma crise, fundamentalmente, do conhecimento, não é possível solucioná-la por meio da mesma racionalidade instrumental responsável pela destruição do mundo. Daí a imprescindibilidade de realização de um projeto de desconstrução e reconstrução do pensamento, configurando uma hermenêutica ambiental. Nas palavras de Leff, “a hermenêutica ambiental não é uma exegese de textos em busca dos precursores do saber ambiental, mas

⁴²⁵LEFF, Enrique. Pensar a complexidade ambiental. In: _____. (Org.) **A complexidade ambiental**. São Paulo: Cortez, 2003. p. 15.

uma visão situada a partir da complexidade ambiental. [...] A hermenêutica abre os sentidos bloqueados pelo hermetismo da razão”⁴²⁶.

O ambientalismo é entendido, em Leff, como política do conhecimento, ao mesmo tempo que como projeto de reconstrução social desde o reconhecimento da alteridade. Nesse sentido, aprender a complexidade ambiental pressupõe mais do que a aprendizagem das ciências ambientais, pois “entranha uma reapropriação do mundo desde o ser e no ser”, de forma que o saber ambiental traga a questão do ser no tempo, na história.

A metafísica fez com que predominasse, como uma estratégia de domínio e controle, o pensamento unidimensional e a unificação do mundo, como base de certezas e predições de um mundo assegurado. Verificou-se, assim, um crescente processo de racionalização instrumental e formal, que se expressa tanto na ordem burocrática como no mercado e nos aparatos ideológicos do Estado⁴²⁷. A complexidade ambiental propõe, em contrapartida, uma nova compreensão do mundo que passe a reconhecer a incompletude do ser e as limitações do conhecimento, revolucionando tanto o conhecimento como as práticas educativas, de forma a orientar a construção de um mundo fundado na sustentabilidade, equidade e democracia⁴²⁸.

Nas palavras de Leff,

O saber ambiental rediscute a relação entre realidade e conhecimento: não só busca completar o conhecimento da realidade existente, mas orientar a construção de outra organização social que não seria a projeção para o futuro das tendências atuais. É nesse sentido que a utopia ambiental abre novas possibilidades a partir do reconhecimento de potenciais ecológicos e tecnológicos, em que se amalgamam os valores morais, os saberes culturais e o conhecimento científico da natureza na construção de uma racionalidade ambiental⁴²⁹.

⁴²⁶LEFF, Enrique. Pensar a complexidade ambiental. *In:* _____. (Org.) **A complexidade ambiental**. São Paulo: Cortez, 2003. p. 17.

⁴²⁷LEFF, Enrique. **Ecología y capital: racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1994. p. 288-9.

⁴²⁸LEFF, Enrique. Pensar a complexidade ambiental. *In:* _____. (Org.) **A complexidade ambiental**. São Paulo: Cortez, 2003. p. 15-64. p. 19-23.

⁴²⁹LEFF, Enrique. **Epistemología ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001. p. 188.

Torna-se forçoso convir, com isso, que os conceitos do mundo não são formados *a priori*, pois as formas de conhecimento com as quais chegamos ao “real” estão sujeitas a formas de entendimento relacionadas à espacialidade e temporalidade dos fenômenos e das coisas. Logo, as categorias conceituais internalizam o interesse social⁴³⁰.

A proposta de um saber ambiental fundado na complexidade promove uma abertura a tudo aquilo que foi excluído pela racionalidade instrumental-positivista, abertura essa que ocorre por meio da confluência de processos e tempos bloqueados pelo pensamento unidimensional. Nas palavras de Leff,

A hermenêutica ambiental é uma exegese do silêncio: interpretação da introjeção de uma violência repressiva, da palavra perdida, do ocultamento de saberes e verdades como forma de resistência e estratégia de luta ante um outro que atenta contra sua identidade e autonomia⁴³¹.

Não se trata meramente de ecologizar o mundo, incorporando valores ambientais ao pensamento unidimensional. Trata-se de superar a dualidade sujeito-objeto, de forma a incorporar identidades e valores antes excluídos ao saber, internalizando condições subjetivas ao ser.

Nesse sentido, o pensamento de Leff encontra consonância com o que propõe Ost em relação a construção de uma natureza-projeto, caracterizada pelo elo que une o indivíduo ao meio que o cerca, a relação entre eles. Assim, a racionalidade ambiental tem por fundamento a percepção simultânea de nosso vínculo e de nosso limite em relação a natureza⁴³².

O ambiente é situado como um campo heterogêneo e conflitivo em que interesses se confrontam, abrindo perspectivas do desenvolvimento sustentável. A interpretação do real passa a contar com uma multiplicidade de sentidos na interpretação, construindo-se o sentido verdadeiro sobre os interesses sociais diferenciados. Daí a expressão “um mundo onde caibam outros mundos”⁴³³, dada a abertura do saber ambiental para a “outridade”, para a possibilidade de encontro

⁴³⁰LEFF, Enrique. Pensar a complexidade ambiental. In: _____. (Org.) **A complexidade ambiental**. São Paulo: Cortez, 2003. p. 15-64. p. 24.

⁴³¹Ibidem. p. 52.

⁴³²OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995.

⁴³³LEFF, Enrique. Precisamos de uma nova racionalidade. **Senac e educação ambiental**, Rio de Janeiro, ano 16, n. 1, p. 8-12, jan./abr. 2007. p. 9.

de muitos mundos. Mais do que uma questão ética, trata-se de uma ontologia do ser, plural e diverso, alicerçado em um processo de construção coletiva do saber.

Especificamente em relação ao direito, Leff critica o individualismo inerente ao direito, já que mesmo quando trata de temas ambientais acaba excluindo a gestão participativa das comunidades em seus próprios recursos naturais, sendo primordial a construção de bases jurídicas alicerçadas nos bens comuns e nos direitos das coletividades, possibilitando a apropriação e gestão coletivas⁴³⁴.

Com base nesse panorama trazido por Leff, é possível a construção de um saber jurídico ambiental situado no momento pré-compreensivo da interpretação das normas jurídicas e caracterizado pelo ingresso da complexidade e da “outridade” na construção do conhecimento jurídico, de forma a desvelar o pensamento jurídico unidimensional e totalitário.

Conforme visto, a legislação, não só brasileira, como internacional, passa por um crescente processo de esverdeamento, em que questões ambientais ingressam no campo jurídico. Todavia, isso não é de forma alguma suficiente para superar a crise jurídica no campo ambiental, pois a ecologização do direito passa a lidar com os problemas ambientais com a mesma lógica instrumental positivista que gerou toda a crise do sistema jurídico.

Em outros termos, o ingresso da questão ambiental nas legislações não pode ser compreendido valendo-se da racionalidade dogmática que entende o direito em um viés unidimensional e planificador sob pena de potencializar a crise jurídica. Daí a imprescindível necessidade de emergência de um saber jurídico ambiental orientado pela complexidade, que se apresente como um conhecimento criativo e aberto a pluralidade de possibilidades.

Tendo o direito positivista excluído do campo jurídico uma série de conhecimentos tradicionais e visões da questão ambiental, um saber jurídico ambiental deve estar aberto à pluralidade de ideias, desocultando saberes e verdades reprimidos pelo monismo jurídico, configurando uma resistência à supressão das identidades tradicionais.

Também nesse sentido, Ayala defende uma maior participação nas decisões jurídicas, já que, a partir das relações de complexidade que se instauram, os padrões de decisão unilateral deixam de ter privilégio, valorizando-se padrões de participação. Assim “todos (sujeitos sociais)

⁴³⁴LEFF, Enrique. **Ecología y capital**: racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1994. p. 288-9.

são necessários para a formação das condições de decisão, porque trarão ao processo, informações de conteúdo político, econômico, social e mesmo pessoal, que serão decisivos para influir no resultado pretendido”⁴³⁵.

Como forma de compreensão da crise ecológica, torna-se fundamental um novo panorama de legitimação do direito ambiental nas sociedades complexas. Não sendo mais o modelo cientificista suficiente para oferecer respostas adequadas aos riscos que se apresentam, a transdisciplinariedade emerge como um vetor de legitimação desse novo Direito. Apenas através de uma interação comunicativa entre diversas instâncias (como ética, política e ciência) é que se torna possível o oferecimento de soluções práticas que sejam eficazes⁴³⁶.

Em Leff, o saber ambiental é um saber sobre todo o campo que foi externalizado pela racionalidade da modernidade, referindo-se a saberes marginalizados e subjugados pela centralidade do *logos* científico, como a superexploração da natureza, a degradação ambiental, a pobreza relacionada à carência de recursos naturais e a distribuição desigual de custos e benefícios ecológicos⁴³⁷.

É por isso que um saber jurídico ambiental deve partir da pré-compreensão dessa marginalização socioambiental para construir um conhecimento alicerçado na complexidade e na alteridade, em um diálogo aberto à diferença. Assim, muito além de uma mera ecologização do direito, trata-se de uma problematização do conhecimento jurídico a partir de uma problemática social que o questiona e ultrapassa. Trata-se, de um processo estratégico formado por relações de poder e justamente por isso dotado de um potencial transformador das relações entre as formações sociais e seu entorno, sintetizando teoria e práxis⁴³⁸.

Sendo este um saber que vai se constituindo em uma relação constante com o entorno, incorporando toda a pluralidade axiológica e cultural do conhecimento, torna-se afim da incerteza, do inédito, da abertura a outros futuros possíveis. Daí a necessidade de superação da construção do direito como pressuposto para a segurança jurídica, eis

⁴³⁵AYALA, Patryck de Araújo. **Direito e incerteza**: a proteção jurídica das futuras gerações no estado de direito ambiental. 2002. 371 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2002. p. 334.

⁴³⁶Ibidem. p. 28, 30.

⁴³⁷LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001. p. 160.

⁴³⁸LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001. p. 163-4.

que o saber jurídico ambiental é um conhecimento em constante construção, um verdadeiro processo inacabado de transformação social.

Ainda, perante quadros de incerteza e insegurança, nos quais multiplicam-se riscos de todas as ordens, torna-se considerável a deficiência cognitiva da ciência perante os problemas ecológicos. Como consequência, exige-se que outros dados também sejam levados em consideração em decisões, como dados éticos e ecológicos. Não se trata de uma questão de escolha, mas sim de uma proposta conciliatória que se faça por meio de um “equilíbrio axiológico entre os diversos aspectos particulares do sistema”⁴³⁹.

Por fim, é primordial a vinculação entre a teorização de um saber jurídico ambiental e a construção de uma utopia ambiental, pois não se pretende apenas “ambientalizar” o conhecimento jurídico, mas sim orientar a construção de uma nova realidade social por meio de “novas formas de posicionamento dos sujeitos da história ante o conhecimento”. Assim, almeja-se instaurar novas solidariedades e sentidos, abrindo-se para a produção de novos sentidos civilizatórios⁴⁴⁰.

Em síntese, tendo a hermenêutica filosófica demonstrado a contribuição dos pré-conceitos para a compreensão, no campo do direito ambiental esses pré-conceitos relacionam-se tanto ao modo como se interpreta (senso comum jurídico) como ao que se interpreta (conteúdo do direito ambiental). Para superação de um modelo unidimensional e dogmático de direito, produtor de toda a crise jurídica, torna-se fundamental a construção de um saber jurídico ambiental, entendido como aquele que vincula teoria e práxis, propondo novas formas de conhecimento baseadas na complexidade e ainda proporcionando espaço para transformação social.

5.2 A LINGUAGEM E O DIREITO AMBIENTAL

A hermenêutica filosófica propõe uma superação na visão segundo a qual a linguagem é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto, pois passa-se a entender a linguagem como elemento universal constitutivo do sujeito. Assim, caracteriza-se a viragem linguística, segundo a qual deixamos de compreender o mundo por meio da linguagem e passamos a compreender a própria linguagem. Em

⁴³⁹ AYALA, Patryck de Araújo. **Direito e incerteza**: a proteção jurídica das futuras gerações no estado de direito ambiental. 2002. 371 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2002. p. 83-6.

⁴⁴⁰ LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001. p. 188.

outras palavras, todo o processo hermenêutico de compreensão é um processo linguístico. É o que Heidegger afirma com a célebre frase: “ser que pode ser compreendido é a linguagem”.

Para Gadamer, a existência do homem no mundo está constituída linguisticamente, de forma que é a linguagem que introduz o homem em uma determinada relação e um determinado comportamento com relação ao mundo. Assim, o mundo somente é mundo na medida em que vem à linguagem, ao mesmo tempo que a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. “A humanidade originária da linguagem significa, pois, ao mesmo tempo, a linguisticidade originária do estar-no-mundo do homem”⁴⁴¹.

Também é característica da linguagem como fundamento essencial da compreensão o fato desta possuir uma inesgotabilidade de sentidos, a ser desenvolvida e interpretada: qualquer que seja o objeto analisado, a compreensão torna-se uma conversação, modificando seu conteúdo e surgindo algo que nenhum dos interlocutores abarca por si só.

Isso ocorre porque, embora a linguagem seja essa ponte que une o ser que interpreta e o mundo, “a palavra interpretadora é a palavra do intérprete, não a linguagem nem o vocabulário do texto interpretado.” É dessa forma que a apropriação de sentido desse mundo não será mera reprodução posterior do texto interpretado, mas sim uma nova criação do compreender. Em outras palavras, “o esforço hermenêutico tem como tarefa pôr a descoberto um todo de sentido na multilateralidade de suas relações”⁴⁴².

Para o direito ambiental, essa análise traz reflexos profundos, pois a compreensão das leis ambientais ocorrerá através da compreensão dessa linguagem ambiental, cuja característica inelutável é a infinidade de sentidos possíveis, a serem compreendidos apenas perante a aplicação no caso concreto. Não existe um único sentido das leis ambientais a ser apreendido, mas esse sentido será construído com base na pré compreensão do intérprete.

As regras de direito ambiental são regras abertas, seja pela utilização de termos técnicos, seja pela referência a elementos axiológicos. Essa indeterminação linguística, todavia, não é um aspecto

⁴⁴¹GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 643.

⁴⁴²Ibidem. p. 685.

negativo, mas sim uma abertura substancial das possibilidades hermenêuticas⁴⁴³.

Dentro dessa nova formatação constitucional introduzida em 1988, passa-se a usar conceitos abertos e indeterminados, indicando um caráter prospectivo, finalístico e vinculante do direito contemporâneo. Ou seja, muito além de prever procedimentos, competências e organização estatal, a Constituição compromete-se com a construção de um Estado Social (e Ambiental) de Direito por meio da concepção de normas que visam alterar os resultados finais da aplicação do Direito. Assim, torna-se forçoso afirmar que não é mais suficiente (embora primordial) para a Constituição que as regras do jogo sejam seguidas. Importa, precipuamente, que o resultado obtido esteja de acordo com as finalidades constitucionais⁴⁴⁴.

É nesses termos que a Constituição se torna um espaço de mediação linguística. A multidimensionalidade dos conceitos indeterminados no campo do direito ambiental será devidamente compreendida na medida em que for axiologicamente filtrada por meio da Constituição, de forma que os objetivos e finalidades constitucionalmente estabelecidos sejam alcançados.

No mesmo sentido é o entendimento de Krell, o qual postula que “os valores constitucionais devem nortear o exercício da discricionariedade administrativa tanto no lado do mandamento da norma quanto no lado de sua hipótese, isto é, no próprio ato de interpretação/aplicação dos conceitos vagos e imprecisos”, vinculando o intérprete a buscar dentre as opções possíveis aquela que favoreça os vetores axiológicos constitucionais⁴⁴⁵.

Em síntese, a linguagem do direito ambiental é uma linguagem aberta, o que proporciona uma abertura das possibilidades hermenêuticas de compreensão, as quais deverão ser compreendidas por meio das finalidades constitucionais, concretizando um Estado Constitucional Ambiental.

Com essa análise hermenêutica, afasta-se definitivamente a tentativa frustrada da dogmática jurídica de colocar a interpretação como a busca de um sentido originário da lei. Ainda, afasta-se a ideia de

⁴⁴³OHWEILLER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva**: os termos indeterminados a luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 121.

⁴⁴⁴OHWEILLER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva**: os termos indeterminados a luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 121.

⁴⁴⁵KRELL, Adreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54.

univocidade de sentido e da possibilidade de se encontrar uma única resposta ao caso concreto. Por fim, supera-se o entendimento de que seria possível estabelecer compreensões *a priori* para o direito ambiental: apenas frente à facticidade do caso concreto é que a compreensão se constitui.

Podemos exemplificar o que aqui estamos tratando por meio de uma metáfora que elucida tais pontos. Em nossa vida cotidiana como seres humanos, usamos a linguagem para nos comunicarmos, seja a linguagem escrita, falada ou gesticulada. É essa linguagem que assegura a nossa vida em comunidade. Assim, quando alguém se refere a uma `colher`, é fácil compreender a que a pessoa alude.

O termo `colher` é socialmente construído e socialmente interpretado. Não há uma colher fundamental, uma colher em si que represente a essência do termo: há um acordo social sobre o que ela representa, e não uma coincidência natural entre palavra e coisa. A ligação entre coisa e palavra é feita por uma convenção e seu uso reiterado. Tanto é assim que não existe, em uma primeira análise, correspondência entre colher, *spoon*, *Löffel* e *cuchara* (termos estrangeiros para colher) e todos se referem ao mesmo objeto.

Ainda, tanto não é possível preencher o conteúdo de `colher` com a essência da colher, que será somente no caso concreto e na análise das circunstâncias de fala que preencheremos o sentido do termo. Somente analisando o contexto e a facticidade que saberemos a que objeto o termo utilizado se refere, podendo inclusive estar no sentido figurado (como em uma `colher de chá`).

É intuitivo, destarte, que a linguagem não possui um sentido imanente, mas este é socialmente construído. Fica claro com o exemplo da colher que a atividade do intérprete não é buscar o sentido originário do termo, nem imaginar o que se passou na cabeça do interlocutor ao proferir o termo. O sentido é socialmente construído a cada momento de interpretação. Também fica evidente que não é possível conhecer a colher senão pela linguagem.

Quando trazemos essa análise para o campo do direito, entretanto, tais elementos interpretativos tornam-se totalmente ignorados pela dogmática jurídica. Assim, quando um jurista menciona `dano`, imagina-se logo que a palavra possui um significado oculto universal que deve ser apreendido e reproduzido em todas as situações concretas em que lhe for requisitado, sendo imprescindível a compreensão *a priori* do termo.

A categoria jurídica `dano` passa a ser entendida como referente a um objeto específico e pré-determinado, sendo função do intérprete

alcançar esse sentido oculto. Daí a construção de diversos métodos que servirão para assegurar que a essência do termo seja encontrada. Ainda, é consequência desse pensamento a crença na possibilidade de que o sentido dos termos possam ser encontrados *a priori*, ou seja, independentemente de sua aplicação em um contexto determinado, assegurando a segurança jurídica, a estabilidade e o controle.

A linguagem jurídica é, antes de tudo, linguagem: socialmente convencionada e socialmente reproduzida. A compreensão jurídica não se distingue da compreensão de termos não jurídicos: ela apenas se realiza em casos concretos por meio da análise e reconhecimento da facticidade inerente aos termos jurídicos. Por isso, não se está lidando com uma atividade reprodutiva, mas uma atividade eminentemente criativa.

Tal qual em nossa análise sobre a colher, na compreensão do termo `dano` não é cabível buscar a vontade originária do interlocutor (nesse caso, o legislador), muito menos tentar encontrar o sentido universal do termo. `Dano` é uma categoria jurídica cuja compreensão somente será possível por meio da análise das circunstâncias fáticas e históricas a que se refere.

De fato, o que é dano hoje pode não ser daqui a 50 anos, e o que configurava dano há 50 anos atrás pode não mais representar a realidade. As categorias jurídicas não possuem uma essência em si: são construídas no momento da aplicação.

Justamente por isso que, na análise de um `dano` ambiental, é totalmente incabível a aplicação de entendimentos da responsabilidade civil clássica. Essa figura jurídica somente pode ser compreendida a partir do momento que compreendermos todo o contexto de sua aplicação: multiplicação de riscos, perpetração de injustiças ambientais, ameaça a sobrevivência de diversas espécies, dentre elas a humana.

Por mais que o legislador tente definir o que é dano ambiental, sempre restará a inesgotabilidade de sentido do termo. Assim, mesmo que a LPNMA defina poluição ambiental em seu art. 4º, III e que o CONAMA estabeleça uma resolução listando os casos de atividades causadoras de significativa poluição (res. 01/1986), ainda restará uma multiplicidade de sentidos para a compreensão no caso concreto. Isso ocorre porque a realidade é muito mais ampla do que pode prever o legislador, surgindo a cada dia novas formas de poluição. Conforme afirma Gadamer, “a lei sempre é deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a

realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesma”⁴⁴⁶.

O caso que foi analisado no segundo capítulo, sobre o dano extrapatrimonial ambiental, reflete bem essa realidade: a modificação nas estruturas sociais, bem como no Direito, ensejam uma ampliação no conceito de dano para que passe a abranger ofensas ao sentimento coletivo de proteção ambiental.

Tal qual não existe um sentido unívoco para ser apreendido quanto ao dano ambiental, o mesmo ocorre em relação a outros conceitos do direito ambiental. A linguagem jurídica é plurívoca e oferece uma abertura de sentidos ao intérprete, que constrói um sentido no caso concreto, aplicando o texto normativo.

Essa é a verdadeira tarefa da hermenêutica filosófica: negar a “inegabilidade dos pontos de partida”, fazendo com que os conceitos sejam construídos em cada caso conforme suas circunstâncias fáticas, e nunca *a priori*. No campo do direito ambiental, essa é a contribuição trazida pela universalidade da linguagem proposta por Gadamer.

5.3 A FUSÃO DE HORIZONTES E A RESPONSABILIDADE INTERGERACIONAL

Um conceito fundamental dentro da hermenêutica filosófica é a noção de horizonte, construído a partir de Husserl. Não se trata de uma fronteira rígida, mas de algo móvel que se desloca com o intérprete: tudo que está dado como mundo leva consigo o horizonte. Nas palavras de Gadamer, “horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto”⁴⁴⁷.

Se nos transferimos para o horizonte do outro, com o objetivo de compreender sua posição, é possível que suas opiniões se tornem compreensíveis em sua posição e horizonte. No entanto, Gadamer adverte que não chegaremos a nos entender com o outro, pois a tradição foi compreendida em seu sentido, mas sem que nos entendamos com ela e nela. Nesse caso, o sujeito coloca-se fora da situação de entendimento, inacessível ao outro⁴⁴⁸.

Nas palavras de Gadamer,

⁴⁴⁶GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 474.

⁴⁴⁷Ibidem. p. 373.

⁴⁴⁸Ibidem. p. 452.

Compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes [presente e passado] presumivelmente dados por si mesmos. [...]A tarefa hermenêutica consiste em não ocultar essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente⁴⁴⁹.

Através da fusão entre horizontes é que se forma uma espiral compreensiva (ou um círculo hermenêutico) em que um sentido novo é alcançado a cada nova interpretação. Afinal, se o horizonte move junto com o intérprete e esse está constantemente em movimento, teremos uma também constante fusão de horizontes.

Trata-se de uma questão fundamental para o direito ambiental, pois a compreensão dos textos normativos apenas será efetivada ao tomarmos consciência tanto do âmbito normativo proposto (a lei ambiental), como da realidade que vivenciamos (crise ambiental) para com isso almejarmos um horizonte futuro de concretização plena da lei ambiental.

Quanto à análise do horizonte passado, é primordial o estudo do momento em que as legislações foram promulgadas. A partir de 1981, com a LPNMA, passa a ocorrer no Brasil um fenômeno de esverdeamento legislativo que tinha por objetivo responder aos anseios sociais por proteção ambiental, além de acompanhar um cenário internacional de proteção do bem comum que vinha crescendo desde 1972 em Estocolmo. Assim, a legislação ambiental desse período tem por objetivo concretizar os princípios de direito ambiental assegurando a proteção do meio ambiente

Todavia, em um momento mais recente do direito ambiental brasileiro, sob forte influência de um programa governamental voltado para o crescimento econômico, passam a ser promulgadas leis ambientais retrocessivas. Conforme visto no primeiro capítulo, são legislações desse período o Novo Código Florestal, o Novo Código de Mineração (em discussão), a LC 140, dentre outros. Nesse cenário, o objetivo da legislação ambiental é favorecer o interesse econômico, dando clara precedência ao incremento de determinadas atividades econômicas, como a mineração e a agropecuária.

⁴⁴⁹GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 458.

Para uma devida fusão de horizontes, esses contextos de produção da legislação ambiental (horizonte do dispositivo normativo) devem ser tomados em conta no momento da aplicação da legislação. Não se quer dizer com isso que o intérprete deve submeter-se à vontade do legislador, pois o horizonte passado configurará apenas um dos elementos interpretativos postos à disposição do intérprete. No momento da compreensão, o horizonte passado deverá fundir-se com o horizonte presente para a construção de um novo horizonte (círculo hermenêutico). Ou seja, embora a historicidade do momento de criação da legislação deva ser analisada, não deve ser o único elemento interpretativo.

Isso ocorre porque, em Gadamer, o jurista não deve ficar adstrito ao sentido original das leis, mas deve ainda admitir que as circunstâncias fáticas sofreram modificações e que portanto o sentido original da lei deve ser adaptado⁴⁵⁰.

Quanto ao horizonte presente, é imprescindível que o intérprete do direito ambiental tenha conhecimento e leve em consideração no momento da aplicação o contexto fático em que se encontra, ou seja, o jurista deve ter por base a complexa realidade vivenciada, em todas as suas esferas e implicações.

Com isso quer-se dizer que é fundamental que a compreensão das leis ambientais ocorra tendo-se por base esse horizonte presente do intérprete, tanto em um sentido global quanto em um sentido mais específico ao caso. Globalmente, deve o intérprete ter por base a policrisemundial e todas as suas consequências: multiplicação de degradação ambiental, reiterado agravamento de injustiças ambientais, mudanças climáticas, desigualdades socioambientais, monetarização da vida, desagregação de valores éticos, dentre outros fatores já analisados no primeiro capítulo.

Por sua vez, em um aspecto específico, deve o jurista tomar por base as diversas variáveis envolvidas no caso em análise (como social, ambiental, econômico, ético e político). Daí a importância de participação no processo ambiental de diversos atores jurídicos, dentre os quais podemos elencar cientistas, sociedade civil organizada, possíveis atingidos pela degradação ambiental e Poder Público. Essa participação almeja assegurar que o aplicador da lei ambiental identifique o conjunto de interesses relevantes, adquirindo as informações disponíveis e ainda possibilita a consideração de todas as

⁴⁵⁰GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 485.

diversas variáveis envolvidas na relação jurídica. Nesses termos, torna-se pungente o desenvolvimento de um devido processo ambiental, nos termos propostos por Ayala⁴⁵¹.

Esse aspecto ficou bastante evidente no caso analisado da queima da cana de açúcar, quando restou consignada a importância de, além da análise do dispositivo normativo, serem considerados os diversos aspectos referentes à realização desta atividade, como a condição de trabalho dos cortadores de cana, a importância econômica da atividade, os danos à fauna, flora, atmosfera e solo, a existência de outras práticas alternativas, dentre outros.

Trata-se de uma abertura fundamental proporcionada pela leitura hermenêutica das leis ambientais, eis que privilegia a multiplicidade de elementos e atores envolvidos no processo criativo de aplicação da norma jurídica. Para além do monismo jurídico oferecido pelo positivismo, a hermenêutica filosófica traz para o campo do direito ambiental uma ampliação do campo interpretativo, favorecendo a participação de aspectos da realidade.

É evidente, todavia, que frente à complexidade vivenciada, a realidade que se deve tomar por base não pode ser nunca unilateral, mas sim multilateral. Exemplificando, não se pode justificar a aplicação de determinada lei apenas por sua importância para determinadas atividades econômicas, desconsiderando-se outras variáveis do horizonte presente de aplicação da norma, tanto no aspecto global como em aspectos socioambientais específicos. A complexidade imanente à realidade deve-se refletir na aplicação da norma jurídica.

Por fim, quanto ao horizonte final de produção de sentido da lei ambiental, correspondente ao resultado da fusão de horizontes, é possível afirmar que este deve estar de acordo com as finalidades constitucionalmente dispostas, de forma a comprometer-se com a construção de um Estado de Direito Ambiental. Em outras palavras, o horizonte final de sentido deve esforçar-se para concretizar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, assegurando-se a proteção dos processos ecológicos essenciais e combatendo as diversas formas de poluição.

Nas palavras de Gadamer, “o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final pois é um processo infinito.” Isso ocorre tanto porque fontes de erro são eliminadas paulatinamente como porque surgem novas

⁴⁵¹AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 337-338.

fontes de compreensão, as quais tornam as relações de sentido insuspeitadas⁴⁵². A interpretação de um dispositivo normativo nunca é acabada, ela abre-se ao infinito da espiral compreensiva.

Dentro de um Estado governado por uma Constituição dirigente, que, muito além de prever procedimentos, preocupou-se em estabelecer metas a serem cumpridas (em especial no artigo 3º), o aplicador da legislação infraconstitucional torna-se vinculado a assegurar condições de cumprimento de tais objetivos. É forçoso convir que a erradicação da pobreza e a eliminação de todas as formas de discriminação, por exemplo, representam um momento muito longe de ser alcançado, o que não impede que a aplicação da lei ocorra de forma a possibilitar ao máximo, dentro das possibilidades reais, a sua concretização.

Formando a fusão de horizontes uma espiral compreensiva, em que novos sentidos são formados a cada aplicação legislativa, em um Estado Constitucional de Direito é pungente que essa espiral seja vista como uma espiral crescente, prospectiva, evoluindo de uma situação real de injustiças ambientais para uma situação utópica de concretização dos objetivos constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, livre de discriminações de qualquer natureza.

Trata-se de uma espiral prospectiva, voltada para o melhoramento das situações contemporâneas à relação jurídica, ensejando uma aproximação cada vez maior das finalidades constitucionais. Ainda, relaciona-se com a superação de interesses imediatistas, relativos apenas ao suprimento imediato e momentâneo das necessidades, eis que amplia a noção de tempo para o direito.

No mesmo sentido é o posicionamento de Lorenzetti, membro da Suprema Corte Argentina, que com base em decisões daquele Tribunal afirma que a interpretação da lei deve sempre ter por base a tutela efetiva de direitos fundamentais, dentre eles o direito ambiental. Assim, o direito constitucional a um meio ambiente sadio não é mera expressão de bons propósitos, mas decisão do constituinte de hierarquizar como categoria suprema um direito preexistente. Tal decisão leva à sustentação da intervenção jurisdicional para tornar efetiva a tutela prevista na Carta magna⁴⁵³.

Até agora, a análise da fusão de horizontes referiu-se ao campo de compreensão do sentido do texto legislativo. No campo do direito

⁴⁵²GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 446.

⁴⁵³LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 65.

ambiental, mais especificamente quanto à ética ambiental, é possível ampliar o esquema de fusão de horizontes para passar a incluir também a ideia de responsabilidade entre gerações, dentro da fundamentação de um interesse comum pela proteção de um patrimônio (muito embora a proposta da hermenêutica filosófica seja proporcionar um diálogo entre experiência e linguagem, entre historicidade do texto e do intérprete).

Propõe-se assim a inclusão no conceito de horizontes dos interesses das gerações pela transmissão de um patrimônio comum, o meio ambiente. O contexto para reformulação dos limites éticos da responsabilidade é o limiar de uma tragédia anunciada, cujas contribuições relacionam-se desde as atitudes mais cotidianas. Assim, torna-se o ser humano compelido a fornecer uma resposta, incumbido de uma missão de garantia e salvaguarda em relação àqueles dotados de vulnerabilidade, assegurando-se a manutenção de processos ecológicos no interesse de toda a humanidade. Caracteriza-se, destarte, um dever assimétrico de responsabilidade a que não há um direito correspondente⁴⁵⁴.

Essa é a proposta de Ost, que, com base em Ricoeur, Barry e Rawls, propõe um modelo de responsabilidade pela transmissão de um patrimônio comum. Sendo a humanidade responsável pela destruição em larga escala do planeta, torna-se pungente que essa mesma humanidade seja responsável por transmitir às futuras gerações o patrimônio ambiental da Terra. Trata-se de um compromisso também com as gerações precedentes, já que relativa à ideia de transmissão, enraizando-se “de igual modo numa solicitude retrospectiva como num projecto para o futuro”⁴⁵⁵. Muito embora as relações entre gerações sejam assimétricas (responsabilidade por parte da presente, interesse por parte das seguintes), o equilíbrio retorna quando analisada a sucessão de gerações com maior distância.

Para Ricoeur, a introdução de questões como poluição e proteção ambiental enseja uma ampliação no conceito de responsabilidade, superando o entendimento de responsabilidade como imputação. Assim, esse conceito jurídico passa a ser ampliado tanto quanto ao objeto, passando a proteger os sujeitos vulneráveis, quanto ao alcance espaço-temporal. Essa última ampliação é justificada pela afirmação de que quanto maiores as capacidades humanas para poluir, maior deve ser a

⁴⁵⁴Ost, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995. p. 338 e ss.

⁴⁵⁵Ost, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995. p. 341.

responsabilidade humana. Implica-se, desta forma, a adoção da virtude da prudência, entendida em seu sentido forte como juízo moral circunstanciado⁴⁵⁶.

O objeto de interesse para decisões tomadas no presente deixa de ser apenas imediatista (conforme pretende a lógica econômica dominante), passando a tomar em considerações as consequências longínquas e cumulativas que podem advir das nossas atitudes presentes⁴⁵⁷.

Em um sentido semelhante, Ayala postula como fundamentos para afirmação de obrigações perante as futuras gerações o alargamento no conceito de vida e um novo sentido jurídico de responsabilidade. Quanto ao primeiro, passa a ser considerada vida não apenas os já concebidos, como também os que eventualmente venham a ser em momento espacial e temporal distante. É dessa forma que se estabelece uma proibição de que qualquer geração exclua a subsequente na relação com o ambiente, não havendo direito da geração presente interferir de forma irreversível sobre o meio⁴⁵⁸.

Já em uma outra perspectiva, Weiss estabelece a noção de equidade intergeracional por meio do direito internacional, partindo do direito à dignidade e equidade estabelecido em diversos tratados internacionais⁴⁵⁹. O planeta Terra deixa de ser visto como investimento para ser encarado como um legado (“trust”) deixado pelos ancestrais para ser mantido para as futuras gerações, estabelecendo-se uma relação de parceria (“partnership”)⁴⁶⁰.

A construção teórica da autora parte da análise dos problemas ambientais praticados hoje com reflexos no futuro, o que a autora

⁴⁵⁶RICOEUR, Paul. **O Justo**. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 53 e ss.

⁴⁵⁷OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995. 338 e ss.

⁴⁵⁸AYALA, Patryck de Araújo. **Direito e incerteza**: a proteção jurídica das futuras gerações no estado de direito ambiental. 2002. 371 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, p. 123-6.

⁴⁵⁹A análise mais aprofundada é realizada nas obras: WEISS, Edith Brown. **In Fairness to Future Generations**: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity. Nova Iorque: Transnational Publishers Incorporated, 1989; e _____. **Environmental change and international law**: New challenges and dimensions. Tokyo: United Nations University Press, 1992. Uma síntese do pensamento da autora também pode ser encontrada em: WEISS, Edith Brown. Our rights and obligations to future generations for the environment. **Revistalidh**, San Jose, v. 13, n. 1, p. 21-33, jan./jun. 1991. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/dtr/dtr2.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

⁴⁶⁰WEISS, Edith Brown. **Environmental change and international law**: new challenges and dimensions. Tokyo: United Nations University Press, 1992.

denomina de “uma herança de problemas”, divididos em três grupos: esgotamento de recursos naturais (acompanhado pela elevação do preço de recursos nas futuras gerações, perda de recursos possivelmente valiosos futuramente e agravamento da necessidade por recursos vitais); degradação na qualidade ambiental, seja pela diminuição da biodiversidade e dos serviços ambientais, seja pela perda de qualidade cultural;⁴⁶¹ e injustiças no acesso a recursos naturais, existindo comunidades sem acesso sequer a bens vitais⁴⁶².

Tendo a espécie humana o meio ambiental e cultural em comum tanto com a presente geração, como com as passadas e futuras, cada geração torna-se ao mesmo tempo beneficiária e responsável pela proteção ambiental. Por visar conservar o planeta, as obrigações intergeracionais se transmitem constantemente para a geração futura, tendo a geração presente o direito de usar e desfrutar dos recursos⁴⁶³.

Fixam-se, assim, três princípios para a aplicação da equidade intergeracional: I. Conservação de opções (cada geração deve conservar a diversidade de recursos naturais e culturais de forma a não reduzir as opções disponíveis para as futuras gerações); II. Conservação de igualdade (mantendo a qualidade do planeta); e III. Conservação de acesso (cada geração deve prover seus membros com direitos iguais de acesso ao legado planetário).

Por fim, a autora ainda estabelece mecanismos para assegurar a efetividade do direito intergeracional (ou “enforcement”). O primeiro deles é assegurar um mecanismo de representação das futuras gerações nas decisões, o que poderia ocorrer através de um representante ou defensor público das futuras gerações (“ombudsmen”). Um outro mecanismo é a manutenção e conservação daquilo que já foi construído, ao invés de criação de novos institutos. A autora defende ainda a criação de uma espécie de fundo fiduciário (“trustfund”), responsável por compensar a geração futura pelos custos impostos pelo uso dos recursos naturais planetários.

O posicionamento de Weiss difere de Ricoeur e Ost na medida em que para aquela as futuras gerações possuem direitos a serem protegidos, sendo tais direitos difusos (pertencentes a uma classe e não a indivíduos específicos). Em contrapartida, em Ost, com base em

⁴⁶¹WEISS, Edith Brown. **Justice pour les générations futures**. Paris: Unesco, 1993. p. 37-40.

⁴⁶²WEISS, Edith Brown. In fairness to future generation. **Environment**, [S.l.], v. 32, n. 3, p.07-31, abr. 1990.

⁴⁶³WEISS, Edith Brown. **Justice pour les générations futures**. Paris: Unesco, 1993. p. 42.

Ricoeur, não há a atribuição de direitos para as futuras gerações, sendo a responsabilidade de preservação ambiental assimétrica.

Embora elaborada no fim da década de oitenta, a teoria da equidade intergeracional exposta por Weiss ainda apresenta profunda aplicabilidade, conforme a própria autora salientou em artigo publicado em 2008⁴⁶⁴. Ainda que muitos tratados internacionais tenham sido celebrados, ainda não se tem Tratados que visem efetivamente controlar as mudanças climáticas⁴⁶⁵.

Essa análise da fusão de interesses de gerações diferentes é fundamental para o direito ambiental, tanto como uma contribuição ética imprescindível como por ampliar os jogos de interesse disponíveis ao julgador para decisão do caso concreto. Daí a imprescindibilidade de sua consideração para concretização do direito ambiental positivado.

5.4 A SUPERAÇÃO DA OBJETIVAÇÃO DA NATUREZA

Dentro da hermenêutica filosófica e através do que se convencionou chamar de viragem linguística, é primordial a superação da visão segundo a qual um sujeito deve encontrar o sentido de um objeto com o auxílio da linguagem. Ou seja, supera-se tanto a dualidade sujeito-objeto como a instrumentalidade da linguagem.

A proposta hermenêutica é de que o sentido seja construído a cada nova interpretação, a qual ocorre apenas no momento da aplicação e sempre por meio do diálogo entre o intérprete e o texto. A linguagem passa a ser vista como elemento formador tanto do intérprete como do texto que se está interpretando, deixando de ser mero instrumento para a interpretação e tornando-se elemento constitutivo do ser. Logo, estando tanto o objeto como o sujeito emergidos em uma mesma tradição mediada pela linguagem, supera-se a distinção entre eles, substituindo-se o domínio entre sujeito-objeto pela compreensão entre sujeito-sujeito⁴⁶⁶.

No mesmo sentido, é possível afirmar que, estando tanto o sujeito como o objeto imersos na mesma linguagem conformadora da

⁴⁶⁴WEISS, Edith Brown. Climate change, intergenerational equity, and international law. *Vermont Journal of Environmental Law*, Vermont, v. 9, n. 3, p.615-627, spring 2008. Disponível em: <<http://vjel.vermontlaw.edu/publications/?volumes=volume-9>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

⁴⁶⁵ Ibidem.

⁴⁶⁶CHAMECKI, Eduardo. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica crítico alterativa*. Caminhos para descolonização do saber jurídico. 2010. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009. p. 99.

facticidade, exerce um sobre o outro uma grande influência, em especial no que tange às ciências sociais (dadas as especificidades de sua constituição). Destarte, não há uma barreira intransponível entre sujeito e objeto, mas muito pelo contrário: a compreensão gera uma abertura ao outro, colocando-se a pré-compreensão do intérprete em relação com as opiniões alheias. Essa conexão entre sujeito e objeto é tão fundamental que apenas se torna possível conhecer a si mesmo através dos olhos do outro, bem como apenas se conhece o outro quando o intérprete se encontra consciente de sua própria subjetividade.

Insere-se aqui também a questão da alteridade, pois a compreensão apenas ocorre por meio da abertura a que o texto (aqui visto como um outro) tem a dizer. A compreensão ocorre por meio da conversação, do diálogo, do entendimento mútuo. Assim, “a pertença mútua significa sempre e ao mesmo tempo poder ouvir uns aos outros”⁴⁶⁷. Essa abertura hermenêutica à alteridade não configura neutralidade com relação ao objeto, e nem anulamento do texto jurídico, mas sim uma verdadeira fusão entre as leis ambientais e o ambiente que as rodeia, uma apropriando-se da outra⁴⁶⁸.

Essa superação da objetivação nos termos propostos pela hermenêutica filosófica ainda está distante de ocorrer no campo do direito ambiental, muito embora seja um elemento imprescindível para uma correta aplicação da legislação ambiental.

A objetivação da natureza é intensificada durante a modernidade, por meio do pensamento economicista, em que o ambiente torna-se fornecedor de matéria prima e depósito de resíduos, subserviente a um crescimento econômico exponencial e sem fim. Ainda, a lógica cientificista teve por ideal a automatização do mundo, de forma que a natureza fosse controlada pelo ser humano e por sua ciência. Trata-se da construção de um mundo unidimensional e previsível, em que a complexidade e o caos imanentes à natureza são substituídos pelo artifício e pela ciência, concretizando-se o reinado do ser humano sobre todas as coisas.

Para regulação jurídica desse “ambiente” que circunda a humanidade, utiliza-se o conceito de propriedade, estimulando ao mesmo tempo a apropriação econômica da natureza e o desenvolvimento de atividades econômicas. Logo, o esverdeamento do direito não supera a objetivação da natureza, eis que “tornada objecto de

⁴⁶⁷GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 472.

⁴⁶⁸Ibidem., p. 405.

regulamentação e de gestão, a natureza não deixou, de facto, de ser tratada como objecto; de resto, a apropriação não desapareceu, como é evidente; esta, digamos, complexificou-se pela imbricação de estratégias privadas e interferências públicas⁴⁶⁹.

O projeto tecnológico para a modernidade funcionou, muito embora tenha implicado em um paradoxo não previsto por seus teóricos: o auge da industrialização é justamente o seu colapso. Conforme já previa Engels, em 1887, “não nos congratulemos demasiado com cada uma de nossas vitórias humanas sobre a natureza. Por cada uma de tais vitórias, vingar-se-á ela de nós”⁴⁷⁰. A evolução da tecnologia nunca foi tão grande, mas ela vem acompanhada de suas nefastas consequências: uma crise complexa e irreversível.

Também no campo do direito contemporâneo verificamos o triunfo da objetivação da natureza. A proposta da Rio +20 de uma economia verde implica, em última instância, na mercantilização de bens ambientais. Para solução da crise ambiental, ao invés de combater suas verdadeiras causas, inserem-se os recursos naturais na lógica economicista como um objeto de investimento.

Após a análise de tal cenário e com base em Ost, é forçoso convir que a questão fundamental para o direito ambiental contemporâneo é justamente o reposicionamento da natureza perante o ser humano. Torna-se primordial o estabelecimento, ao mesmo tempo, do vínculo com a natureza (aquilo que a une aos humanos) e dos limites (aquilo que distingue humanidade da natureza), superando a objetivação da natureza sem, contudo, torna-la um sujeito de direito⁴⁷¹. Nas palavras de Ost, “distinguir sem separar e ligar sem confundir”.

Pertencendo o ser humano à natureza e nela intervindo reiteradamente de forma a desestruturar irreversivelmente o equilíbrio ecológico natural, estabelece-se um vínculo entre sujeito e objeto que não pode ser superado meramente pela pretensão de objetividade da cientificização promovida durante a modernidade. A natureza não é apenas um objeto que pode ser livremente apropriado pelo homem ou pelo direito, mas está em relação constante com estes.

É justamente essa rede de relações que é identificada por Ost como o elo que une o homem à natureza. Esse meio passa a ser visto como um projeto, um campo de possibilidades, dotado de movimento e

⁴⁶⁹OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995. p. 123.

⁴⁷⁰COELHO, Luiz Fernando. Dogmática, Zetética e Crítica do direito ambiental. **Revista de Ciência Jurídica e Social da Unipar**, Umarama, v. 11, n. 1, p. 285-310, jan./jun. 2008.

⁴⁷¹ *Ibidem. in passim.*

de significação para as atividades humanas. Essa ideia de projeto tem uma natureza dúplíce: tanto é o homem um projeto da natureza como deve o homem constituir um projeto para a natureza.

A proposta de Ost guarda muita semelhança com a proposta da hermenêutica filosófica de superação da dualidade sujeito-objeto, já que tal superação é realizada, em ambos, por meio da análise da relação existente entre sujeito e objeto. Em Gadamer, estando objeto e sujeito imersos em uma mesma realidade mediada pela linguagem, exercem influência recíproca, relacionando-se através de uma abertura para a alteridade. Já a natureza projeto de Ost, parte da pressuposição do sujeito e do objeto, mas ao invés de absolutizar um ou outro, coloca-os em relação.

Diante do exposto, fica patente que natureza não pode mais ser tratada como um objeto, sendo primordial a superação simultânea dos modelos economicista e cientificista. Para um direito ambiental adequado às modificações contemporâneas, é inelutável que o tratamento concedido à natureza supere sua objetivação por meio da ênfase no relacionamento homem-natureza.

5.5 A JUSTIÇA AMBIENTAL COMO UM REFERENCIAL HERMENÊUTICO

Para uma devida aplicação do direito ambiental, é de grande valia a sua análise por meio dos elementos centrais da hermenêutica filosófica: a universalidade da linguagem, a pré-compreensão e a fusão de horizontes. Por meio de tais elementos, verifica-se que o sentido de um texto jurídico é construído no momento da aplicação por meio da fusão entre os horizontes passado, futuro e presente. Ainda, a abertura linguística dos textos ambientais possibilita que sua aplicação ocorra tendo por base parâmetros constitucionais axiológicos que fundamentam o Estado brasileiro.

Dentre tais parâmetros axiológicos, ressaltamos a questão do Acesso a Justiça Ambiental, eis que a Constituição configuraria letra morta se não fossem dispostos aos cidadãos instrumentos jurisdicionais de garantia e proteção dos direitos fundamentais assegurados. Daí a indissociabilidade entre a devida concretização dos direitos dos cidadãos e criação de oportunidades reais que possibilitem a reivindicação judicial de direitos.

Dentro da definição de justiça ambiental proposta por Cavedon, muito além da mera previsão da inafastabilidade do Judiciário e de

ações jurisdicionais dispostas aos cidadãos, falar em acesso a justiça ambiental significa promover a melhor distribuição de poder em matéria ambiental, assegurando a participação ativa em processos decisórios relativos a matérias ambientais⁴⁷².

Assim, acesso a justiça ambiental não significa apenas acesso ao Judiciário, mas a efetivação concreta da Justiça Ambiental enquanto acesso equitativo aos recursos ambientais e acesso à participação ativa em processos, fomentando-se o empoderamento e a emancipação dos excluídos ambientais, como forma de promoção da Cidadania e da Democracia ambientais.

Torna-se possível por meio do acesso a justiça ambiental fomentar a reinterpretação do direito ambiental por meio de decisões judiciais transformadoras e criativas, dentro de uma lógica voltada para a realidade socioambiental e por meio da consideração dos valores jurídicos do direito ambiental, consubstanciados nos princípios de direito ambiental⁴⁷³.

Valendo-se das lições de Cappelletti, Cavedon aborda as transformações ocorridas no papel do direito, em especial quanto à introdução da proteção dos direitos fundamentais, a qual ocorre por meio de conceitos vagos e valores. Destarte, as decisões judiciais deixam de ser a mera declaração do direito posto, assumindo um maior grau de criatividade na atuação judicial de forma a efetivar a proteção e a realização das novas tarefas estatais⁴⁷⁴.

A questão do acesso à justiça ambiental pode ser abordada também por meio da promoção da democracia ambiental, eis que a inserção de conflitos ambientais no Judiciário possibilita a participação e a consideração das realidades concretas de diversos atores da coletividade, possibilitando que a comunidade influencie na tomada de decisões ambientais. Assim, o acesso a justiça ambiental contribui para promover o acesso ao poder a movimentos sociais e outros atores fragilizados social e ambientalmente⁴⁷⁵.

Muito embora a análise da justiça ambiental esteja separada em um tópico, é forçoso convir que os aspectos referentes à sua construção

⁴⁷²CAVEDON, 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**. 2006. 377 f. Tese (Doutorado) - Universidade Vale do Itajaí, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Florianópolis, p. 251.

⁴⁷³Ibidem. p. 256.

⁴⁷⁴Ibidem. p. 270.

⁴⁷⁵Ibidem. p. 275. e ss.

teórica devem permear a decisão judicial em diversos momentos já abordados no presente trabalho.

Inicialmente, relaciona-se à identificação dos horizontes da tradição. Os casos de exclusão ambiental devem ser analisados dentro da configuração do horizonte presente, como elementos da historicidade do intérprete. Assim, a distribuição desigual de custos e benefícios ambientais, bem como as dificuldades de acesso aos processos decisórios por parte dos vitimados em conflitos ambientais, devem configurar alguns dos pressupostos interpretativos para a devida compreensão do texto jurídico.

O Movimento por Justiça Ambiental consolida-se no Brasil como forma de evidenciar e combater os gravíssimos casos de desigualdade socioambiental a que estão sujeitos diversos grupos sociais vulneráveis. A percepção de que os custos, riscos e benefícios ambientais são desproporcionalmente distribuídos, de forma que grupos já vulneráveis do ponto de vista socioeconômico arcam com maior parcela de danos ambientais, fez com que se propugnasse, por meio da Justiça Ambiental, por uma maior equidade no acesso e distribuição de recursos naturais.

A discriminação existente no Brasil quanto a danos ambientais restou demonstrada no primeiro capítulo do presente trabalho, quando analisamos diversos elementos referentes a degradação ambiental e a desigualdade social em nosso país. Tais elementos são imprescindíveis para uma devida aplicação do direito ambiental, configurando elementos do horizonte presente do intérprete.

Ainda, a questão possui reflexos para a construção do horizonte futuro da interpretação dentro da ideia da formação de uma espiral prospectiva, eis que a decisão judicial deve almejar sempre o melhor cenário possível de concretização da Justiça Ambiental, reduzindo as desproporcionalidades existentes no horizonte presente. Dentro da abertura possibilitada pela hermenêutica filosófica, é primordial que os objetivos constitucionalmente assegurados sejam assegurados por meio das decisões judiciais, completando imprecisões linguísticas e conceitos indeterminados.

A concretização de Acesso a Justiça Ambiental a todos, eliminando qualquer forma de discriminação, deve ser o horizonte utópico futuro a que se destina qualquer aplicação da lei ambiental. Muito embora seja um horizonte de impossível concretização plena, a compreensão e aplicação da legislação ambiental devem almejar sempre alcançá-la na maior medida possível.

Já em uma segunda perspectiva, a teoria do Acesso a Justiça Ambiental configura um novo parâmetro dentro do direito ambiental,

ampliando a tutela judicial em questões ambientais de forma a tornar as decisões judiciais um instrumento de operacionalização e concretização da Justiça Ambiental. Ou seja, configura-se uma nova perspectiva para as decisões ambientais que, muito além de meramente adequá-las ao esverdeamento legislativo, promove uma revolução paradigmática em suas bases, estabelecendo um novo saber jurídico ambiental.

Com isso, pretende-se afirmar que a introdução da teoria do Acesso a Justiça Ambiental na construção de decisões ambientais modifica profundamente o papel e os poderes dos juízes, bem como a própria natureza da decisão judicial na tutela do meio ambiente⁴⁷⁶. O processo judicial passa a assumir escopos ético-políticos relacionados à concretização dos valores constitucionais, dentre os quais destacamos a proteção ambiental e a equitativa distribuição de custos e benefícios ambientais.

Aspectos consagrados pela dogmática jurídica passam a ser afastados em favor de uma maior efetividade do direito ambiental e das especificidades dos conflitos ambientais. Em contrapartida à neutralidade do juiz, passa-se a defender um comprometimento judicial pela efetivação da Justiça Ambiental. Assim, o juiz passa a assumir uma postura mais atenta às desigualdades socioambientais de forma a atenuá-las na aplicação da legislação.

Ainda, a aplicação das leis ambientais deixa de ter um caráter reprodutivo e passam a apresentar uma proposta prospectiva, no sentido de que se tornam responsáveis pela concretização na maior medida possível dos objetivos e princípios de um Estado de Direito Ambiental, ampliando a possibilidade transformadora das decisões ambientais.

Pode-se relacionar ainda o Acesso a Justiça Ambiental com o papel que exerce a equidade dentro da proposta da hermenêutica filosófica.

Em Gadamer, a hermenêutica jurídica é um caso paradigmático de aplicação da hermenêutica filosófica, eis que evidencia ao mesmo tempo as especificidades da teoria da interpretação para as ciências do espírito e a conexão entre aplicação, interpretação e compreensão dos textos jurídicos. É por isso que Gadamer retoma a teoria aristotélica

⁴⁷⁶CAVEDON, 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**. 2006. 377 f. Tese (Doutorado) - Universidade Vale do Itajaí, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Florianópolis, p. 275.

quanto à Justiça e à ética para análise da relação entre historicidade do texto e singularidade do caso concreto⁴⁷⁷.

Para Aristóteles, a lei está em uma tensão constante entre sua generalidade e a realidade prática, de forma que se faz necessário sempre, no momento da aplicação da lei, realizar a sua correção por meio da equidade (em grego, *epikeia*). Assim, a equidade em Aristóteles nada mais é que a correção da lei; uma tarefa complementar ao direito. Extrai-se disso que a aplicação é inerente ao ato compreensivo, presente desde o seu início. No caso da interpretação judicial, essa aplicação ocorre por meio da equidade⁴⁷⁸.

Assim, compreender uma regra de direito ambiental (bem como qualquer regra jurídica) implica aplicá-la ao caso concreto realizando a correção entre a lei (geral) e a situação fática (específica), valendo-se da equidade. No campo da proteção ao meio ambiente, a equidade configura justamente a equitativa distribuição de custos e benefícios ambientais, bem como a efetiva participação e influência da comunidade nas decisões ambientais. Daí que aplicar a lei ambiental deve ter por base a equidade ambiental, ou a Justiça Ambiental, corrigindo o direito positivo e adequando-o à realidade.

Um dos casos paradigmáticos já analisados no presente trabalho, o caso da proibição da queima da cana de açúcar, oferece um excelente panorama para aplicação prática do que se propugna quanto à Justiça Ambiental.

A questão da utilização da queima da cana de açúcar envolve múltiplos aspectos que se inter-relacionam, formando um complexo contexto fático. Assim, elementos ambientais, sociais, econômicos políticos e jurídicos formam um intrincado horizonte presente de aplicação da legislação. Não basta a análise isolada de cada um desses elementos: é fundamental também a análise da relação que se forma entre eles.

A utilização da queima da cana é uma atividade que beneficia apenas o produtor rural, facilitando o corte e manejo da colheita, diminuindo os custos e aumentando os lucros. Ainda que seja comum a alegação de que beneficia também o trabalhador rural, trata-se de uma falácia, eis que as condições de trabalho no corte da cana já são

⁴⁷⁷GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 466 e ss.

⁴⁷⁸GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999. p. 466 e ss.

extremamente penosas e se agravam com a realização da queima, face à exposição a um meio ambiente do trabalho extremamente deletério.

Em contrapartida, as vítimas de tal atividade são múltiplas. Inicialmente, o próprio trabalhador rural é o mais atingido, pois lida diretamente com a cana cortada, respirando diuturnamente cinzas cancerígenas. Em seguida, toda a população das cidades próximas aos canaviais é afetada pelos incômodos da queima, que variam desde a sujeira nas ruas até a exposição a agentes mutagênicos. Dentro desse grupo, são os mais atingidos crianças e idosos, apresentando o agravamento de problemas respiratórios no período da queima. Por fim, face à titularidade difusa do bem ambiental, são prejudicados todos os cidadãos, desta geração ou da futura.

Fica patente o cenário de injustiça ambiental gerado pela realização da queima da cana: enquanto os benefícios da atividade concentram-se em um pequeno grupo (as indústrias canavieiras), os custos ambientais são repartidos pela população. Ademais, é evidente que as maiores vítimas da reiteração da atividade (trabalhadores rurais, crianças e idosos) são justamente os sujeitos mais vulneráveis do ponto de vista social, configurando uma clara discriminação ambiental.

Não bastasse o trabalho no corte da cana ser atividade extremamente fatigante e mal remunerada, ainda estão os boias-frias sujeitos à uma distribuição desigual de custos ambientais, arcando com danos ao meio ambiente e à sua saúde caracterizados pela alta lesividade e pela irreversibilidade. Trata-se de um caso de exclusão ambiental que deverá ser analisado como horizonte presente do intérprete.

Para uma correta aplicação das regras ambientais relativas à matéria e partindo do cenário de injustiça ambiental, deve o julgador assegurar durante o processo a participação de todos os envolvidos, conferindo-lhes a possibilidade de ofertar sua perspectiva quanto à questão e de influenciar na decisão final a ser tomada. Trata-se de uma concretização da democracia ambiental e de um elemento imprescindível para a concretização do acesso a justiça ambiental. Com base em tal enfoque, apresenta grande relevância a realização de audiências públicas no âmbito judicial, como a que ocorreu no Supremo Tribunal Federal em processo que julgava as leis municipais proibitivas da queima. Diversos pesquisadores, juristas e produtores rurais tiveram a oportunidade de expressar a sua realidade vivenciada no caso⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 586224. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236610>> Acesso em 10 nov. 2013.

Ademais, o horizonte futuro da aplicação deverá ser constituído pela concretização plena da justiça ambiental. Embora este configure um objetivo utópico, deve o julgador almejar aproximar-se o máximo possível da concretização ambiental, evitando a distribuição desigual de custos e recursos ambientais envolvidos na atividade e ainda promovendo uma equitativa participação nos processos decisórios.

Por fim, um último aspecto diz respeito à modificação no papel do julgador nos processos ambientais, que assume um desempenho transformador e criativo. Muito além de reproduzir um sistema hegemônico produtor de desigualdade social e fundado em leis inconstitucionais, a atuação judicial torna-se verdadeiro mecanismo de concretização do Acesso a Justiça Ambiental. Assim, a legislação reguladora da queima da cana não pode ser apenas interpretada por mecanismos subsuntivos, mas deve ser perpassada pelos valores e objetivos constitucionais relacionados à concretização de um Estado de Direito Ambiental.

Mediante o exemplo paradigmático da queima da cana, conciliado com o que foi exposto, torna-se patente que a justiça ambiental é um referencial hermenêutico indispensável para aplicação do direito ambiental.

5.6 A HERMENÊUTICA ENQUANTO ATITUDE: USO CONTRAHEGEMÔNICO DO DIREITO

O direito positivo é em si um instrumento hegemônico que tem servido para assegurar a dominação e a manutenção do sistema econômico, retroalimentando o sistema social vigente. É justamente por isso que na modernidade o direito serviu aos interesses da burguesia, garantindo estabilidade, segurança jurídica e controle estatal.

No campo do direito ambiental brasileiro, essa subserviência do direito ao modelo socioeconômico vigente fica muito evidente a partir das recentes leis ambientais retrocessivas, que diminuem a proteção legal conferida ao meio ambiente de forma a favorecer a exploração econômica imediatista.

Lixa ressalta ainda que além da promulgação de leis conservadoras, também a interpretação do direito tem se mantido tradicionalmente vinculada à reprodução de “práticas e crenças mascaradas metodologicamente que acabaram por banalizar e reduzir a

questão hermenêutica a um conhecimento técnico-formal a serviço da manutenção e reprodução de uma ordem política jurídica⁴⁸⁰.

Trata-se de uma concepção vazia, que nega valores e necessidades responsáveis por promover a emancipação político social dos empobrecidos, os quais acabam sendo inviabilizados pelo poder público, configurando-se uma “hermenêutica das ausências”. Daí a importância de, em contraposição, ampliar as potencialidades hermenêuticas não reconhecidas pelo discurso hegemônico, criando-se novos espaços de luta pela dignidade humana. Assim, “Uma hermenêutica que assume-se como dialógica numa perspectiva pedagógica emancipatória, caminha para a conscientização e libertação”⁴⁸¹.

Acreditar que o direito positivo possa ser contra-hegemônico configura um pensamento incompleto, que acaba por ocultar as reais intenções de poder contida na legislação. O que é possível, desejável e defensável é justamente o uso contra-hegemônico desse instrumento hegemônico de dominação, qual seja, o direito. Emana daí a importância de uma atuação judicial criativa e preocupada com a concretização efetiva de direitos, comprometida com a transformação social e a garantia de qualidades mínimas de vida. Não se quer dizer que a atuação judicial é o único mecanismo para utilização contra-hegemônica do direito, mas que é um mecanismo possível e útil a essa finalidade.

É nesse sentido que a hermenêutica filosófica passa a ser encarada enquanto atitude comprometida com a modificação das situações fáticas, vinculando teoria e práxis. Não basta que as teorias interpretativas internalizem a preocupação ambiental dentro da mesma lógica dominante unidimensional. É imprescindível que além do esverdeamento teórico a utilização de tais teorias torne-se comprometida com a construção de um outro mundo possível.

Por meio do diálogo entre o direito e tudo aquilo que foi excluído do âmbito jurídico, é possível sustentar um novo saber jurídico ambiental aberto à complexidade da realidade e à sua multidimensionalidade, ancorado no paradigma constitucional e comprometido com a modificação radical das circunstâncias fáticas de exclusão socioambiental e degradação ambiental reiterada.

⁴⁸⁰LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo, novo constitucionalismo latino americano e ressignificação hermenêutica: aproximações necessárias. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica jurídica na América Latina**. Aguascalientes: Cenejus, 2013. 286-302. p.289.

⁴⁸¹Ibidem. p. 299-302.

A visão da hermenêutica enquanto atitude significa que as práticas jurídicas de aplicação do direito ao caso concreto devem levar em consideração o âmbito de aplicação da norma e as suas consequências jurídicas, superando a visão positivista de que a função do jurista deve ser dissociada de aspectos sociológicos, antropológicos ou históricos.

O processo jurídico passa a ser visto como integrante de um processo histórico global, já que a ele pertencente e por ele influenciado. Assim, “impõe-se uma concepção transpositivista do direito, que não se compadece com o modelo arbitrário de vê-lo, cindido em suas projeções dogmáticas, axiológicas e sociológicas”, já que o modelo puramente positivista ou dogmático implica em uma visão parcial do fenômeno jurídico⁴⁸².

Muito além da reprodução de sentido do direito ambiental, almeja-se com essa nova visão interpretativa uma aplicação do direito comprometida com a efetiva concretização dos dispositivos constitucionais de proteção ambiental, ensejando um melhoramento progressivo nas condições socioambientais.

A abertura da hermenêutica ao diálogo e à alteridade passa a incluir nas práticas jurídicas o que antes estava dela excluído, permitindo a participação no processo ambiental de diversos sujeitos, ampliando a complexidade das relações jurídicas.

Por derradeiro, através da defesa de uma hermenêutica para o direito ambiental ancorada em uma viragem linguística, percebe-se que se torna possível vincular teoria e prática através da compreensão jurídica. Daí a possibilidade de, por meio da aplicação do direito ambiental, concretizar-se paulatinamente a justiça ambiental.

⁴⁸² AZEVEDO, Plauto Faraco. **Ecocivilização**: ambiente e direito no limiar da vida. 2. ed. Rev. at, amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 15.

6 CONCLUSÃO

Até o momento, as opções civilizacionais tomadas pelo homem o trouxeram a uma crise, complexa, multifacetada e gravíssima, ameaçando a sobrevivência humana e o equilíbrio planetário. É fato que grandes foram os avanços tecnológicos alcançados, mas incapazes de prever e controlar os riscos cada vez mais presentes e mais graves.

O modelo científico adotado durante a Modernidade mostrou-se incompleto e, por isso, incapaz de solucionar a crise. A constituição do homem e do mundo como unidimensionais mostraram-se incompatíveis com a complexidade imanente à sociedade e à natureza. Logo, ficou evidente que meras reformas e adaptações nesse modelo civilizacional não seriam capazes de oferecer soluções adequadas para a crise.

Trata-se de um momento de revolução de paradigmas: uma revolução que se inicia por meio da demonstração de falhas intrínsecas nos alicerces de nosso modelo civilizacional planificatório e que se consolida com modelos verdadeiramente novos e pioneiros. O momento que precede essa revolução de paradigmas pode parecer pessimista e escuro, mas o caminho deve continuar a ser trilhado, pois, como diz Morin, o inesperado nunca acontecerá se não o buscarmos.

Esse mesmo raciocínio pode ser elaborado em termos mais específicos ao direito ambiental. Sendo patente que o modelo jurídico científico vigente não mais consegue assegurar efetividade ao direito ambiental, urge modificações profundas em sua estruturação, evidenciando as falhas e incompletudes da dogmática jurídica. Ainda, é primordial a abertura da hermenêutica jurídica a novas possibilidades interpretativas e a parâmetros ignorados pela dogmática.

Nesse sentido, o presente trabalho contribuiu para a modificação dos paradigmas interpretativos no campo do Direito. Partindo da análise da inefetividade do direito ambiental e de suas causas, bem como do panorama teórico da interpretação no direito desde a escola exegética até o neoconstitucionalismo, verificou-se a urgência de modificações no modo como o direito ambiental é interpretado. Destarte, a hermenêutica filosófica ofereceu contribuições primordiais para compreensão e interpretação da legislação ambiental.

A proteção jurídica do meio ambiente de forma sistemática é matéria recentemente regulada. No âmbito internacional, surge a partir da década de setenta por meio da realização de diversas Convenções e da adesão de Declarações Internacionais. O desenvolvimento sustentável tem sido a base desta proteção internacional desde 1987, quando o Relatório Brundtland propagou seu conteúdo. Assim, as conferências de

1992 (Rio de Janeiro), 2002 (Joanesburgo) e 2012 (Rio de Janeiro) propõem a proteção ambiental sem no entanto questionar as bases da economia causadoras da crise ambiental. Nesse sentido, a manutenção do modelo fica patente na Declaração da Rio +20 (“O futuro que queremos”) através da proposição da economia verde como solução para os problemas ambientais.

No âmbito interno, a proteção dos recursos naturais apresenta certas peculiaridades, dada a importância econômica que certos recursos apresentam para o país desde nossos primórdios coloniais. Assim, matérias primas como minério, madeira e água são protegidos há cerca de quinhentos anos. A sistematização do direito ambiental brasileiro, todavia, apenas toma efeito em 1981 com a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, em que a natureza passa a ser protegida por seu valor intrínseco e de forma sistemática.

A Constituição de 1988 foi um importante marco da positivação ambiental, pois tornou o direito a um meio ambiente equilibrado um direito fundamental das presentes e futuras gerações. Estabeleceu ainda deveres fundamentais, tanto ao Estado como aos particulares, consolidando o princípio da solidariedade. Assim, levou a profundas modificações no paradigma civilista e patrimonialista, criando institutos e modificando outros.

Desde então, a legislação ambiental tem se multiplicado rapidamente, tanto qualitativamente (quanto aos temas abordados) como quantitativamente. Novas regras surgem e regras antigas são modificadas rapidamente, causando um cenário de perplexidade ao intérprete do direito. Ainda, enfrenta o cenário nacional um período de retrocesso na proteção ambiental, em que medidas executivas e legislativas são tomadas de forma a flexibilizar o interesse ambiental em face a interesses econômicos imediatistas.

O direito ambiental também foi analisado em um viés axiológico, por meio dos princípios estruturantes do direito ambiental, alicerces de toda a construção jurídica de proteção ambiental. Ainda, identificou-se como critério para a concretização do direito ambiental a Justiça Ambiental.

Mesmo com esse crescimento nas legislações ambientais, a crise ambiental apenas se intensificou, demonstrando a inefetividade do direito ambiental. As mudanças climáticas acontecem em nível cada vez mais acelerado, levando a desastres e perdas socioeconômicas irreversíveis. Ainda, a discriminação socioambiental agrava-se, disseminando as situações de exclusão ambiental. Sendo a crise ambiental uma crise complexa, interligada a diversas outras (econômica,

política, ética, social, jurídica...), analisou-se no primeiro capítulo ainda alguns fatores de tal crise.

Assim, o direito ambiental mostrou-se totalmente inefetivo para o controle da crise ambiental, tendo sido identificados como suas causas a multiplicidade de suas regras, gerando desconhecimento e incoerência no sistema jurídico; a reiteração da degradação ambiental mesmo após a edição de leis ambientais; a impunidade no que tange à responsabilização por danos ambientais; a constante subordinação da legislação ambiental a interesses econômicos imediatistas; e uma visão hermenêutica individualista e formalista.

Analisada a inefetividade do direito ambiental, passou-se a tratar do modo como o Poder Judiciário tem lidado com a questão. Assim, foram escolhidos dois casos paradigmáticos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, a responsabilização por dano extrapatrimonial ambiental e proibição da queima da cana de açúcar. Os casos foram escolhidos por representarem ao mesmo tempo uma importância prática na concretização do direito ambiental e uma importância teórica, envolvendo a necessidade de compatibilização e coerência no sistema jurídico.

Verificou-se que ainda é patente no STJ uma incompreensão no direito ambiental e uma elevada divergência de posicionamento entre seções e turmas, sendo a legislação aplicada de forma confusa e desordenada. Muito embora este seja o Tribunal responsável por uniformizar a jurisprudência e concretizar direitos dos cidadãos, em várias decisões prevaleceu o posicionamento econômico na ponderação de direitos, negando-se efetividade ao direito a um meio ambiente equilibrado. Verificou-se que muito embora a Constituição tenha estabelecido um paradigma solidário, extrapatrimonialista e protegendo a natureza por seu valor intrínseco, a interpretação constitucional mantém-se em um viés antropocêntrico, individualista e patrimonialista. Assim, justificam-se decisões segundo as quais “a coletividade não pode sofrer danos morais”⁴⁸³ e que “interesses econômicos devem prevalecer”⁴⁸⁴, ou ainda, buscando a intenção do legislador, confere-se força maior a um decreto do que à própria Constituição.

⁴⁸³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598.281/MG, 1a. Turma, rel. Luiz Fux j. 02 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 31 out. 2013.

⁴⁸⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 439.456/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03 ago 2006. Disponível em:

Um outro elemento identificado na análise jurisprudencial foi a existência de muitas divergências entre as decisões de uma mesma Seção no Tribunal num curto espaço de tempo. Por derradeiro, verificou-se um forte apego ao formalismo nas decisões de forma que em alguns casos o mérito da questão sequer chega a ser analisado por alegadas razões procedimentais.

A pesquisa jurisprudencial realizada foi importante para verificação da incompreensão do direito ambiental pelo Judiciário, a qual contribui para a inefetividade da legislação e, conseqüentemente, para o agravamento da crise ecológica. Verificou-se ainda a relação entre essa incompreensão e a utilização de uma hermenêutica clássica, dogmática, apegada ao cientificismo. Assim, em um terceiro momento do trabalho passou-se à análise da teoria hermenêutica, desde seus primórdios até a constituição da hermenêutica filosófica.

Embora a etimologia de hermenêutica refira-se ao grego antigo, o termo ganha ênfase a partir da Reforma Protestante como uma tentativa de abrir a interpretação bíblica. Em uma fase inicial da hermenêutica, durante o romantismo, buscava-se encontrar o verdadeiro sentido oculto dos textos, entendendo-os melhor do que o seu autor (hermenêutica enquanto arte).

Já em fase posterior, sob forte influência do cientificismo, surge com Dilthey a ciência hermenêutica através da elaboração de métodos precisos para interpretação dos textos. É nessa fase que as ciências sociais consolidam-se como uma ciência baseada na objetividade e na neutralidade.

Por derradeiro, Gadamer, com base em Heidegger, propõe a hermenêutica filosófica, que promove uma verdadeira viragem linguística no campo interpretativo. Ao vincular o ser, a historicidade e a compreensão, a proposta da hermenêutica filosófica vai além dos métodos por demonstrar algo que é imanente ao ser: o modo como este compreende o mundo ao seu redor. Daí Gadamer falar na universalidade da hermenêutica, pois o ser apenas é ser na medida em que realiza a compreensão do mundo que o cerca.

Ainda, a hermenêutica filosófica afasta a busca pela objetividade nas ciências sociais por meio da afirmação dos pré-conceitos, ou pré-compreensão. Estes seriam conceitos ligados à historicidade imanente a todo ser, cujo afastamento seria impossível. Trata-se do conjunto de opiniões prévias do intérprete e que são levadas ao texto. Daí se falar

que a compreensão é uma fusão de horizontes, eis que o horizonte passado (âmbito do texto) funde-se com o horizonte presente (pré-conceitos do intérprete) para a formação de um terceiro horizonte.

Em seguida, o trabalho passou a trabalhar com a hermenêutica jurídica ao longo dos anos. Surgindo o Direito como forma de assegurar a estabilidade das relações e o controle estatal, o princípio da legalidade passa a ter uma força extremada, sendo tarefa do intérprete apenas reproduzir a lei no caso concreto. Assim, para a interpretação jurídica, em especial por participação de Emilio Betti, são estabelecidos métodos interpretativos com objetivos de assegurar a neutralidade interpretativa por meio da reprodução do interesse da lei, reafirmando o controle e a segurança jurídica.

Com as modificações advindas através da constituição de um Estado Social por meio da promulgação de Constituições dirigentes, passam a se verificar transformações no direito e, por consequência, na interpretação jurídica. Esse movimento chamado neoconstitucionalista almeja analisar tais modificações e propor meios para lidar com elas. Os valores passam a ter uma importância fulcral no direito por meio do reconhecimento da normatividade dos princípios. Embora algumas modificações ocorram no campo hermenêutico, como a substituição do princípio da legalidade pelo da constitucionalidade e a abertura à utilização de valores para interpretação, mantem-se a lógica cientificista da busca do sentido por meio da utilização de métodos. Ainda, no Brasil o neoconstitucionalismo tem sido utilizado de forma confusa, em um sincretismo metodológico muito particular.

Em seguida, analisou-se as contribuições da hermenêutica filosófica para o Direito. As principais contribuições foram: crítica à dogmática jurídica e ao juspositivismo, afastamento da objetividade do intérprete por meio da noção de círculo compreensivo, inesgotabilidade de sentido da linguagem, fusão entre interpretação, compreensão e aplicação em um momento uno e a atividade do juiz passa a ser criativa e inovadora e nunca reprodutora.

Face a tais contribuições, tornou-se possível estabelecer uma relação entre hermenêutica filosófica e direito ambiental, oferecendo elementos interpretativos indispensáveis para uma adequada interpretação da legislação ambiental. Por meio da noção de pré-compreensão, identificou-se a necessidade do intérprete tomar ciência de seus hábitos quanto ao modo interpretativo (senso comum teórico), bem como quanto ao conteúdo a ser interpretado (saber jurídico ambiental). Assim, foram analisadas as contribuições de Leff para a

hermenêutica por meio da complexidade e do reconhecimento da alteridade.

Em seguida, através da noção de fusão de horizontes, verificou-se que o intérprete deve sempre partir da realidade em que a legislação foi elaborada, de forma a compreender o horizonte passado. Ainda, quanto ao horizonte presente, deve o intérprete analisar o contexto de grave crise ambiental, tanto global como localmente. Ainda, toda aplicação do direito ambiental deve pretender um horizonte futuro de plena concretização do direito ambiental. Realizou-se em seguida um comparativo entre a fusão de horizontes e a responsabilidade intergeracional, reconhecendo-se e considerando-se os interesses de diferentes gerações.

Uma outra contribuição de Gadamer para o direito ambiental foi a inesgotabilidade de sentidos da linguagem. Face ao uso cada vez mais comum no direito ambiental de termos indeterminados (como termos técnicos ou valorativos) e sendo o sentido da linguagem apenas determinado no caso concreto, os valores constitucionais passam a ser vistos como parâmetros indispensáveis para a interpretação, complementando o sentido indeterminado dos dispositivos legais.

Em outro sentido, representou a hermenêutica filosófica um elemento fundamental para a superação da objetivação da natureza, um dos maiores entraves para a concretização do direito ambiental. Isso porque a compreensão permite uma abertura à alteridade, em que não se fala mais de dominação entre sujeito e objeto, mas sim de relação entre o sujeito e um Outro. Uma relação em que nenhuma das partes predomina sobre a outra, mas há uma abertura ao diálogo, identificando-se o que liga o homem à natureza sem, no entanto, confundir-se com ela.

O acesso à justiça ambiental foi analisado como elemento hermenêutico a ser utilizado durante toda a aplicação do direito ambiental, configurando uma abertura axiológica dentro do direito positivo. Analisou-se sua importância para a leitura dos horizontes interpretativos, bem como para complementação do sentido expresso na legislação.

Por derradeiro, propôs-se a utilização da hermenêutica enquanto uma atitude vinculada à transformação da realidade, modificando situações de exclusão ambiental pela concretização plena da Justiça Ambiental. Assim, defendeu-se a utilização do direito de forma a defender os interesses das vítimas de danos ambientais, vinculando diretamente teoria e prática.

Face a tudo que foi exposto, restou cumprido o objetivo geral da presente pesquisa, demonstrando-se que a hermenêutica filosófica

oferece parâmetros indispensáveis para a concretização dos objetivos constitucionais de proteção ambiental. A aplicação de tais elementos pelo poder Judiciário torna-se tarefa indispensável para modificação de situações fáticas de grave crise ambiental.

Em um momento de tantas contradições e paradoxos, pensar um novo modelo hermenêutico parece ser uma tarefa impossível. Por romper com os alicerces da hermenêutica clássica e propor um novo paradigma, a adoção da hermenêutica filosófica pode representar uma certa dificuldade. No entanto, se queremos realmente construir um novo modelo civilizacional, cumprindo os objetivos de um Estado de Direito Ambiental, devemos estar abertos à novidades. Afinal, se nunca acreditarmos no inesperado, ele nunca chegará.

REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos Avançados**, São Paulo, SP, v. 24, p. 103-119, 2010.
- ACSELRAD, Henri. **Justiça ambiental**: novas articulações entre meio ambiente e democracia. Disponível em: <<http://www.justicaambiental.org.br/projetos/clientes/noar/noar/UserFiles/17/File/JANovasArticulacoes-%20ms.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2013.
- ALIER, J. M. El Ecologismo de los pobres. **Revista Wani**, Manágua, Nicarágua, n. 125, p. 2-50, abr. 1992.
- AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. **Direito e incerteza**: a proteção jurídica das futuras gerações no estado de direito ambiental. 2002. 371 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2002.
- _____. Constituição ambiental e sensibilidade ecológica: notas para a reflexão sobre um direito ambiental de segunda geração na jurisprudência brasileira. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 60, p. 11-41, 2010.
- AZEVEDO, Olivaldi Alves Borges. A potencialidade das 'queimas controladas' da cana-de-açúcar de provocar dano ambiental por meio da morte de animais da fauna silvestre. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO AMBIENTE, 7., 2010. Florianópolis/SC. **Anais...** Florianópolis: [S.n.], 2010.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Ecocivilização**: ambiente e direito no limiar da vida. 2. ed. Rev. atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e meio ambiente: uma proposta de hermenêutica jurídica ambiental para efetivação do Estado de Direito Ambiental**. 2009. 241. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Direito, Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2007.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

BAGGIO, Roberta Camineiro. **Justiça ambiental entre redistribuição e reconhecimento: a necessária democratização da proteção da natureza**. 2008. 266 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0899-T.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

BENJAMIN, Antonio H. V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 09, p. 05-52, 1998.

BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **A (in)eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. 2007. 513 f. Tese (Doutorado em Estado, Direito e Sociedade) – Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Poder Legislativo**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30jan.2011.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**: Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 julho 1989.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 jan.2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 10 fev.2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 30 jan.2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARLOS DUARTE, Francisco. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 17, n. 2, p.206-220, ago. 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARBONELL, Miguel. (ed.) **Neoconstitucionalismo (s)**. 4. ed. Cidade do México: Trotta, 2009.

CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Educação ambiental crítica: nomes e endereçamento da educação. *In*: MINISTÉRIO DO MEIO

AMBIENTE. **Identidades da educação ambiental brasileira.** Brasília: MMA, 2004.

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.** 2006. 377 f. Tese (Doutorado) - Universidade Vale do Itajaí, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2006.

CHACON, Mario Peña (org.). **El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano.** San Jose: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013.

_____. **Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente.** San Jose: Investigaciones Jurídicas, 2011.

CHAMECKI, Eduardo. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica crítico alterativa:** Caminhos para descolonização do saber jurídico. 2010. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. In Dúbio pro Natura. **Boletim Informativo do Instituto de Pesquisa Jurídica BONIJURIS,** [S.l.], ano VI, n. 207, de out. 1994.

_____. Dogmática, Zetética e crítica do direito ambiental. **Revista de Ciência Jurídica e Social da Unipar,** Umuarama, v. 11, n. 1, p. 285-310, jan./jun. 2008.

_____. **Saudades do futuro:** transmodernidade, direito e utopia. Florianópolis: Boiteux, 2001.

COMISSAO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum.** Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1988.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano.** Estocolmo: [S.n.], 1972. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2001.

CHRISTMANN, Luiza Landerdahl. **A gestão compartilhada do risco no licenciamento ambiental do OSX-Estaleiro/SC** : desafios e possibilidades. Florianópolis, 2012. 269 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito

DELEAGE, Jean Paul. **História da ecologia**: uma ciência do homem e da natureza. Dom Quixote: Lisboa, 1993.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil por dano moral ambiental. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 36, maio 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30637>>. Acesso em: 07 out. 2013

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ECUADOR. **Constitución del Ecuador**: Quito 2010. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolillo.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2014.

_____. GOBIERNO NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. **Plan nacional para el buen vivir**. 2014. Disponível em: <<http://plan.senplades.gob.ec/web/guest>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Prefácio. In: SILVA, Solange Teles; CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Marcia Diegues (Coord). **Código Florestal**: desafios e perspectivas. Sao Paulo: Fiuza, 2010.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

_____. (Org.). **El vuleo de anteo**: derechos humanos e crítica de la razón liberal. Bilbao: Descléede Brouwer, 2000.

GADAMER, Hans George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Visões, 1999.

_____. **Verdade e método II**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

_____. **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2006.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**. v. II. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva: hermenêutica e filosofia prática**. v. III. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de direito do ambiente**. v. I. Lisboa: AAFDL, 2008.

GOLDSMITH, Edward. Como podemos sobreviver? **The ecologist Brasil**. Rio +10: porque estamos falhando?, [S.l.], n. 5, p. 21-23, inverno 2002.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Unissinos: São Leopoldo, 1991.

GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. **Revista de Estudios Sociales**, [S.l.], abr. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81511766003>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

IBGE. **Indicadores de desenvolvimento sustentável**. Brasília: IBGE, 2012.

IPCC. **Climatechange 2007: Synthesis Report**. Geneva, 2007. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/en/contents.html>. Acesso em: 17 out. 2012.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

KRELL, Adreas J. **Discrecionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LAGO, André Aranha Correa. **Estocolmo, Rio e Joanesburgo**: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Instituto Rio Branco, Fundação Alexandre de Gusmão, 2006. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0356.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2013.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental**: busca de efetividade de seus instrumentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEFF, Enrique. Pensar a complexidade ambiental. *In*: _____. (Org.) **A complexidade ambiental**. São Paulo: Cortez, 2003. p.15-64.

_____. **Ecología y capital**: racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable. Madrid: SigloVeintiuno de España, 1994.

_____. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. Precisamos de uma nova racionalidade. **Senac e educação ambiental**, Rio de Janeiro, ano 16, n. 1, p. 8-12, jan./abr. 2007.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, WoldemarJamundá. Estado de Direito Ambiental no Brasil. *In*: KISHI, Sandra Akemi Shimada Kishi; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Ines Virginia. **Desafios do direito ambiental no século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Maria Leonor; FRONZIN, Rodrigo Augusto Matwijkow. O dano extrapatrimonial ambiental e o

posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica**, [S.l.], v. 15, n. 2, p. 212-228, maio/ago. 2010.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica**. Juruá: Curitiba, 2009.

_____. Pluralismo, novo constitucionalismo latino americano e ressignificação hermenêutica: aproximações necessárias. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica jurídica na América Latina**. Aguascalientes: Cenejus, 2013. p. 286-302.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Anelise; CAPELLI, Silvia. **Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/ambiente/doutrina/id378.htm>>. Acesso em: 07 out. 2013

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 706, p. 07-29, 1994.

_____. **Participação, processo civil e meio ambiente**. 2010. 715 p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de pós graduação em direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-151738/>>. Acesso em: 23 out. 2013.

MORAIS, Fausto. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo**

Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Direito, Universidade do Vale do Sino, Rio Grande do Sul, 2013.

MORIN, E.; KERN, A. B. **Terra Pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sulinas, 2003.

NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **A efetivação dos princípios ambientais no Judiciário**: análise jurisprudencial da questão da queima da palha da cana de açúcar. 2011. 150 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Unesp, Franca, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NUNES, Luci H. Mudanças climáticas: impactos físicos e socioeconômicos. **Plenarium**: desafios do clima, Brasília, n. 5, ano V, p. 66-82, out. 2008.

OHWEILLER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva**: os termos indeterminados a luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Santos. **Direito ambiental internacional**: o papel da soft law em sua efetivação. Ijuí: Unijuí, 2007. p. 149.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995.

OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

PALMER, Richard R. **The liminality of Hermes and the meaning of hermeneutics**. Disponível em: <<http://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/liminality.html>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

_____. **The relevance of Gadamer's philosophical hermeneutics to thirty-six topics or fields of human activity**. 1 abr. 1999. Disponível

em: <<http://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/relevance.html>>.
Acesso em: 06 nov. 2013

PNUMA. **Geobrasil 2002**. Brasília: Ibama, 2002.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

SALVE, SamanthaDotto. **La superación del paradigma del desarrollo: convergencias y divergencias entre el postdesarrollo, el Buen Vivir y el decrecimiento**. 2012. 67 f. Monografia (Especialização) - Curso de Máster EnCooperacion Internacional Descentralizada, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgilo Afonso. Princípios e regras: mitos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003.

_____. O proporcionai e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STEIGLEDER, Anelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

THE ECOLOGIST BRASIL. Rio +10: porque estamos falhando?, [S.l.], n. 5, inverno 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente:** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito:** interpretação da lei temas para uma reformulação. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WEISS, Edith Brown. **Justice pour les générations futures.** Paris: Unesco, 1993.

_____. **Environmental change and international law:** New challenges and dimensions. Tokyo: United Nations University Press, 1992.

_____. Our rights and obligations to future generations for the environment. **Revista Iidh**, San Jose, v. 13, n. 1, p.21-33, jan./jun. 1991. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/dtr/dtr2.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

_____. In fairness to future generation. **Environment**, [S.l.], v. 32, n. 3, p.07-31, abr. 1990.

_____. In fairness to future generation . **Vermont Journal of Environmental Law**, Vermont, v. 9, n. 3, p.615-627, spring 2008.
Disponível em:
<<http://vjel.vermontlaw.edu/publications/?volumes=volume-9>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão jurídica das conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 329-342, jul. 2013. Disponível em:
<<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4683/2595>>. Acesso em: 20 nov. 2013.
