

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO**

MÁRCIO MAMEDE BASTOS DE CARVALHO

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA E A TUTELA
JUSFUNDAMENTAL DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**

**CAXIAS DO SUL
2016**

MÁRCIO MAMEDE BASTOS DE CARVALHO

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA E A TUTELA
JUSFUNDAMENTAL DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito no
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade de Caxias do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz.

**CAXIAS DO SUL
2016**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

C331p Carvalho, Márcio Mamede Bastos de, 1976-
O princípio da proteção substancial da confiança e a tutela
jusfundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado / Márcio
Mamede Bastos de Carvalho. – 2016.
170 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de
Pós-Graduação em Direito, 2016.
Orientação: Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz.

1. Proteção ambiental. 2. Dever. 3. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU 2. ed.: 502/504

Índice para o catálogo sistemático:

1. Proteção ambiental	502/504
2. Dever	342.74
3. Direitos fundamentais	342.7
4. Direito ambiental	349.6

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Paula Fernanda Fedatto Leal – CRB 10/2291



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

"O Princípio da Proteção Substancial da Confiança e a Tutela Jusfundamental do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado".

Márcio Mamede Bastos de Carvalho

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Novos Direitos.

Caxias do Sul, 28 de março de 2016.

Prof. Dr. Wilson A. Steinmetz (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dra. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros
Centro Universitário La Salle-Unilasalle

Prof. Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Airton Guilherme Berger Filho
Universidade de Caxias do Sul



CIDADE UNIVERSITÁRIA

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 - B. Petrópolis - CEP 95070-560 - Caxias do Sul - RS - Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 - CEP 95020-972 - Caxias do Sul - RS - Brasil

Telefone / Telefax (54) 3218 2100 - www.uces.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul - CNPJ 88 648 781/0001-03 - CGCTE 029/0089630

Dedico este esforço na busca de qualificação ao meu amado filho Miguel, cujo sorriso me preenche com a força necessária para buscar meus objetivos.

À minha amada esposa Cassiane por todo amor, carinho, compreensão e apoio na realização deste projeto e, de modo geral, de um projeto comum de vida.

Aos meus amados pais Rosilda e Dijalma por seus exemplos de vida, amor e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Dijalma e Rosilda por não terem medido esforços em minha formação como pessoa e cidadão, por terem renunciado aos prazeres materiais a fim de proporcionarem a mim e a minha irmã uma educação de qualidade. Enfim, por serem, além de pais presentes, dedicados e amorosos, exemplos que tenho orgulho de seguir.

Ao meu filho Miguel por ter compreendido os momentos em que me fiz ausente para a realização deste projeto e, em que pese não ter conseguido escrever uma única linha desta dissertação em sua presença, me inspirou e me inspira com suas demonstrações de carinho e amor.

À minha esposa Cassiane, companheira inseparável em todos os momentos, por ter me proporcionado o apoio fundamental no desenvolvimento e conclusão de mais este projeto.

A todos os Professores, Professoras e Servidoras do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul.

Aos colegas do Mestrado, representados aqui pelo amigo Deivi Trombka, por terem tornado mais leve esta caminhada conjunta em busca de um objetivo comum, com debates acadêmicos acalorados, mas despidos de vaidade, na busca do aperfeiçoamento acadêmico individual e coletivo.

A CAPES pela bolsa de estudos que possibilitou a realização do curso e desenvolvimento deste trabalho.

A todos que de alguma forma contribuíram na realização deste projeto.

RESUMO

A presente dissertação analisa o conteúdo epistemológico e dogmático da confiança e elevação desta à categoria de princípio constitucional nos ordenamentos jurídicos alienígenas e brasileiro, sobretudo neste último como feição subjetiva do princípio da segurança jurídica, que decorre do sobreprincípio do Estado de Direito, a fim de proteger as legítimas expectativas dos particulares na manutenção de situações fáticas e jurídicas amparadas por atos estatais que, ao longo do tempo, se pretendam alterar por atos do próprio Estado. Discute-se o direito e dever de todos, particulares e Estado, mas especialmente deste último, na proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz dos mandamentos constitucionais, diante de um contexto social cada vez mais dinâmico, buscando atribuir à preservação do meio ambiente o *status* de direito e dever fundamentais sobretudo diante da veloz e voraz degradação estabelecida pelo modelo de sociedade e mercado contemporâneos. Por fim, de modo pontual, são analisados os princípios constitucionais de proteção do equilíbrio ambiental e da proteção substancial da confiança em casos de tensão levados à apreciação de Tribunais pátrios. Nesta esteira, analisa-se se e em que medida a interpretação de tais princípios fundamentais, ainda sob as amarras de um modelo jurisdicional conservador podem dar concreção a tais garantias constitucionais.

Palavras-chave: Proteção da Confiança. Tutela Ambiental. Direito. Dever. Hermenêutica Constitucional.

ABSTRACT

The present dissertation analyzes the epistemological and dogmatic content of trust and this elevation to the rank of constitutional principle the alien and Brazilian jurisdictions, especially in the latter as a subjective feature of the principle of legal certainty, elapsing it follows from the principle of the rule of law, in order to protect the legitimate expectations of individuals in maintaining factual and legal situations supported by state acts that, over time, if they intend to change by the state itself acts. Discusses the right and duty of all private and state, but especially the latter, in the protection of ecologically balanced environment in the light of constitutional commandments, before a social context increasingly dynamic, seeking to assign to the preservation of the environment the status of law and fundamental duty especially given the rapid and voracious degradation established the model of society and contemporary market. Finally, in a timely manner, they analyze the constitutional principles of protection of environmental equilibrium and substantial protection of trust in case of tension led to the appreciation of patriotic Courts. On this track, it analyzes whether and to what extent the interpretation of such fundamental principles, still under the grip of a conservative judicial model can give concreteness such constitutional guarantees.

Keywords: Protection of Trust. Environmental protection. Right. Duty. Constitutional Hermeneutics.

LISTA DE SÍGLAS

Art.	Artigo
Séc.	Século
TCP	Tribunal Constitucional Português
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
RS	Rio Grande do Sul
MS	Mandado de Segurança
MG	Minas Gerais
STF	Supremo Tribunal Federal
MT	Mato Grosso
ARE	Agravo em Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Min.	Ministro
SNUC	Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza
OGM	Organismos Geneticamente Modificados
EPIA	Estudo Prévio de Impacto Ambiental
SEMA	Secretaria Especial do Meio Ambiente
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
PIB	Produto Interno Bruto
LP	Licença Prévia
LI	Licença de Instalação
LO	Licença de Operação
LC	Lei Complementar
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
AIA	Avaliação de Impacto Ambiental
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemão
APAEDJ	Área de Preservação Ambiental Estadual Delta do Jacuí
PAE	Plano de Ação Emergencial
SEUC	Sistema Estadual de Unidades de Conservação
REsp	Recurso Especial

SP	São Paulo
ES	Espírito Santo
MP	Ministério Público
SL	Suspensão de Liminar
S/A	Sociedade Anônima
MPF	Ministério Público Federal
MMA	Ministério do Meio Ambiente
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
CPC	Código de Processo Civil
LTDA	Limitada
PRAD	Plano de Recuperação de Área Degradada
APP	Área de Preservação Permanente
MS	Mato Grosso do Sul
PE	Pernambuco

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O CONTEÚDO EPISTEMOLÓGICO E DOGMÁTICO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA	18
2.1	Breves considerações epistemológicas da segurança jurídica.....	18
2.2	Gênese e dimensões da confiança.....	29
2.3	Necessária distinção entre segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança	33
2.4	Origem e evolução do princípio da proteção da confiança no direito comparado.....	39
2.5	Acolhimento da proteção da confiança como princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.....	47
2.6	Requisitos de aplicação e eficácia do princípio da proteção da confiança no ordenamento jurídico pátrio	52
3	DEVERES FUNDAMENTAIS DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO AMBIENTAL.....	59
3.1	Estado de direito ambiental (ou socioambiental) brasileiro.....	59
3.2	Dever fundamental estatal de proteção do equilíbrio ambiental.....	65
3.3	Dever de implementação de políticas públicas em matéria ambiental.....	72
3.4	Economia e proteção ambiental como valores ambivalentes do Estado contemporâneo?.....	79
3.5	A dualidade da política pública do licenciamento ambiental.....	87
3.6	O tempo social, o direito e a tutela ambiental.....	93
4	PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA E A TUTELA AMBIENTAL NA HERMENEUTICA JURÍDICA BRASILEIRA.....	101
4.1	A função dos direitos e deveres fundamentais na ordem jurídica brasileira: proteção da confiança e proteção do equilíbrio ambiental.....	101
4.2	O princípio da proporcionalidade em sentido restrito.....	111
4.3	A proteção da confiança como princípio de ordem instrumental?.....	119

4.4 (Re)configuração dos espaços protegidos: confiança individual x proteção ambiental.....	128
4.5 Tensão entre proteção à confiança e proteção do equilíbrio ambiental no âmbito da jurisprudência dos tribunais brasileiros: alguns casos pontuais.....	135
4.6 A necessária superação do paradigma racionalista na tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	143
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	153
6 REFERÊNCIAS.....	160

INTRODUÇÃO

O objeto do trabalho

No presente estudo, identificamos no sobreprincípio constitucional do Estado de Direito o subprincípio da segurança jurídica em sua dupla dimensão, a primeira objetiva (segurança jurídica em sentido estrito) e a segunda subjetiva (proteção da confiança), verificando neste último uma particular ferramenta de concretização da proteção substancial da confiança particular depositada na validade do ato Estatal, face à carência antropológica por segurança que, por muito, acompanha as formas de organização social.

Também foi objeto de análise a proteção constitucional do equilíbrio ambiental e seu caráter de garantia intergeracional, como dever fundamental do Estado de proteger os direitos individuais, mas também os transindividuais, numa sociedade que se volta cada vez mais ao hiperconsumo e hiperindividuação.

Verifica-se o alcance de cada uma destas garantias constitucionais na contemporaneidade, tendo como critério diretivo a otimização da tutela do equilíbrio do meio, de modo que assegure efetivamente os direitos coletivos, para fins de garantir um meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações, trazendo à discussão casos de tensão levados à apreciação do Poder Judiciário entre o princípio da confiança legítima e a tutela ambiental.

Trata-se, portanto, de trabalho de dogmática constitucional que fundamenta os princípios da proteção substancial da confiança e da tutela do equilíbrio ambiental do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dele extrai sua latitude normativa e analisa casos pontuais de tensão entre estes princípios e a solução que foi dada a estes pelo Poder Judiciário.

Portanto, estabelecemos um foco bastante claro e específico, de modo que a análise obtivesse contornos consistentes e, assim, servisse como referência na revisão da matéria.

Nesta oportunidade, são analisados o conteúdo epistemológico e dogmático da dimensão subjetiva da confiança e da tutela constitucional do meio ambiente, referindo-os de modo exemplificativo através do estudo e crítica de casos concretos de tensão levados à apreciação dos Tribunais pátrios, com o fim de enriquecer o estudo.

O método adotado

Para a realização do trabalho, pesquisamos e analisamos principalmente o ordenamento jurídico, a jurisprudência, a doutrina constitucional e ambiental.

Assim, o trabalho tem como referências autores nacionais e estrangeiros tanto no que se refere ao princípio da proteção da confiança, quanto ao trato da proteção do equilíbrio ambiental.

A partir de tal material, buscamos identificar o fundamento e o conteúdo do princípio da proteção substancial da confiança legítima e sua materialização normativa e jurisprudencial brasileira como expressão do texto constitucional, bem como o conteúdo do dever, também constitucional, de proteção estatal do equilíbrio ambiental às presentes e futuras gerações.

Na análise do texto constitucional, cotejamos as garantias gerais de proteção da confiança do cidadão nos atos estatais e os efeitos destes na concretização de direitos e expectativas legítimas e os deveres estatais de proteção do bem ambiental à coletividade, de modo a apreender o acréscimo das garantias da proteção da confiança legítima e equilíbrio ambiental, e casos de tensão entre tais garantias fundamentais.

Em caráter ilustrativo, foram referidas normas constitucionais, leis gerais e políticas públicas de proteção do meio ambiente sadio.

Portanto, a pesquisa foi desenvolvida de forma multidimensional: analítica, normativa e crítica, sendo que esta última terá como base a análise de julgados dos tribunais pátrios. Na perspectiva analítica buscamos conceituar o princípio da segurança jurídica em sua dimensão subjetiva, bem como o dever fundamental estatal de proteção ambiental e, na normativa buscamos percorrer a trajetória da construção de tais princípios constitucionais. Já na perspectiva de exame, busca-se verificar a delimitação e aplicação de tais princípios pelos Tribunais brasileiros.

Sob tal ótica de proteção de garantias jusfundamentais, foram objetos de análise decisões dos Tribunais pátrios nos casos de tensão entre proteção substancial da confiança legítima e a tutela do meio ambiente.

Importância e finalidade

No Direito Brasileiro temos uma jurisprudência ainda afeita à análise das garantias constitucionais individuais e coletivas sob uma ótica, muitas vezes, pouco afeta às mudanças reclamadas pela dinâmica social e seu anseio por proteção dos valores que tais bens

devem preservar, o que vai em sentido contrário da promoção que justifica e dá conteúdo aos direitos fundamentais e sua implementação.

Tal agir pode dar ensejo a uma argumentação jurídica que passa longe, por vezes, da análise dos princípios constitucionais, o que pode acarretar a ausência de uma atuação consistente no sentido de efetivar a otimização dos princípios constitucionais, sejam eles individuais ou coletivos, inclusive implicando decisões inconstitucionais.

Uma melhor compreensão da abrangência normativa do conteúdo e finalidade da proteção substancial da confiança como elemento basilar do Estado de Direito, sobretudo em seu caráter de estabilidade das relações, se mostra indispensável para a análise da legalidade, da segurança, da previsão de validade e irretroatividade do ato estatal que gerou expectativas legítimas no cidadão.

Também se faz de suma importância a compreensão dos deveres estatais de proteção de um meio ambiente equilibrado para as gerações atuais e vindouras como modo de garantir equidade, ainda mais quando em tensão a confiança legítima individual e a tutela do bem ambiental para a coletividade, num quadro de complexidade e incertezas em matéria ambiental vividas na atualidade.

A pesquisa científica sobre temas que envolvam princípios que podem se apresentar ora em tensão e ora em sintonia dentro de um ordenamento jurídico pautado em premissas de proteção individual, social e ambiental de forma democrática parece ter relevância, em especial, na hermenêutica jurídica.

Com frequência nos deparamos com situações de tensão nas quais de um lado estão interesses sustentados na confiança legítima depositada em ato estatal e de outro na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, sendo que, por vezes, tais interesses ou expectativas apresentam como fundamentos princípios elencados na Carta Constitucional de 1988. Logo, há situações em que o princípio da proteção substancial da confiança pode sustentar situações jurídicas de insegurança ao equilíbrio ambiental.

Apenas a título exemplificativo podemos aqui referir situações em que unidades de conservação são criadas em locais habitados por particulares e licenças de construção de edificações canceladas pelo Poder Público mesmo que em locais onde outras edificações já existam.

Não há como dissociar direito social de direito ambiental no tema proposto, já que são complementares na medida em que a existência digna dos seres humanos está ligada à proteção da confiança legítima e à proteção do meio ambiente do qual fazem parte.

O tema se mostra relevante na medida em que contribuirá para a discussão por muito travada nos cenários social, político e jurídico, por se tratar de debate que envolve direitos fundamentais e orientar adequadamente o operador do Direito a afastar análises inconsequentes sob a perspectiva axiológica e equivocadas no plano deôntico (obrigatório).

A abordagem das garantias constitucionais pode indicar caminhos a serem seguidos para a aplicação de um Direito que conjugue proteção da confiança subjetiva e equilíbrio ambiental.

Ainda que os precedentes sejam fonte do Direito, impende que se proceda a sua reflexão e questionamento, apontando, em alguns casos, a sua superação a fim de negar a aplicação das leis, que são fontes primárias do direito, quando despidas de constitucionalidade.

Tal abordagem assume maior relevância na medida em que se faz necessário demonstrar a inconsistência de posições ainda hoje predominantes em tribunais pátrios.

Plano de exposição

O presente trabalho está dividido em três capítulos, cada um subdividido em seis subseções.

No **primeiro capítulo**, examinamos o suporte epistemológico e dogmático da confiança legítima e os caminhos que esta percorreu para alcançar o *status de princípio* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocupamo-nos, primeiramente, com a epistemologia da confiança em sentido amplo, o reconhecimento desta em ordenamentos jurídicos alienígenas – em especial o alemão, espanhol e português – como direito fundamental inerente aos Estados de Direito e a seu acolhimento como princípio na Constituição Federal de 1988.

Ato contínuo, demonstramos o acolhimento da proteção substancial da confiança na jurisprudência, doutrina e normas do ordenamento jurídico brasileiro, bem como alguns de seus campos de extensão e conteúdo: estabilidade das situações jurídicas, requisitos de aplicação, eficácia, confiança no tráfego jurídico e tutela jurisdicional.

O **segundo capítulo**, tem como objeto de análise os deveres do Estado de proteção do equilíbrio ambiental na atualidade, através da implementação de políticas públicas e de aplicação pela jurisprudência que deem concreção às normas insculpidas no texto constitucional que determinam a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Valemo-nos, ainda, nesta segunda parte da análise das dualidades apresentadas na política pública do licenciamento ambiental e entre equilíbrio do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, sobretudo no agir do Estado diante do dinâmico tempo da sociedade contemporânea.

No **terceiro capítulo** analisamos sob as lentes da hermenêutica jurídica brasileira situações de tensão entre os princípios da proteção substancial da confiança e a tutela jusfundamental do equilíbrio ambiental, partindo da função dos princípios fundamentais na ordem jurídica brasileira, a ponderação entre confiança e proteção ambiental e a (re)configuração de espaços protegidos e casos de tensão constitucional por ela gerados.

Por fim abordamos tais casos de tensão entre os princípios da proteção substancial da confiança e o equilíbrio ambiental a partir da análise de jurisprudências de Tribunais Estaduais e Superiores brasileiros e a necessária superação do paradigma racionalista no trato de questões envolvendo tais princípios constitucionais. Obviamente que, para tanto, nos aproximaremos dos sub-princípios da proporcionalidade e da técnica interpretativa constitucional para a solução das eventuais tensões entre os referidos princípios fundamentais.

2 CONTEÚDO EPISTEMOLÓGICO E DOGMÁTICO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA

2.1 Breves considerações epistemológicas da segurança jurídica

A busca incessante pela certeza e estabilidade das coisas e relações sempre foi inerente à condição humana quando em convívio com sua espécie, seja para garantir alicerces de convivência harmônica ou um mínimo de previsibilidade nos passos dados em relação ao futuro, fazendo com que a vida tenha continuidade e não seja apenas repetida numa inconstante sucessão de momentos.

Em contraposição ao homem natural¹, o homem socializado buscava conjugar *liberdade, bem-estar e segurança*, o que seria possível através de um contrato social que garantisse a preservação dos interesses comuns por meio de um poder soberano legitimado pela maioria.

Ademais, em que pese serem naturais as causas que levaram os homens a formarem gradualmente as primeiras sociedades, tal fenômeno não está imbricado na natureza humana e provém de fatores externos que aumentaram as necessidades humanas por auxílios fortuitos mútuos, o que não retira de cada indivíduo a condição de auto-suficiência. Mas, uma vez experimentada a vida em comum, esta passa a ser a forma de vida do homem no mundo.²

A sociedade, portanto, como fenômeno natural, decorrente da *voluntariedade* do homem. Não se confunde com a soma dos indivíduos, mas é produzida pela razão destes, se tornando um organismo, ou corpo político, uno e definido, distinto de suas partes, cuja cabeça é o poder político e o tronco e membros são representados pelos cidadãos incumbidos de fazerem o organismo funcionar. E um ferimento causado a qualquer parte leva a uma sensação dolorosa ao todo.³

¹ Ao descrever o homem em seu estágio natural, Rousseau – que forneceu o lema “liberdade, igualdade e fraternidade” à Revolução Francesa - o reduziu exclusivamente a ser dotado de sensações. Este filósofo suíço sustenta que a capacidade sensorial do homem natural não o capacita a antecipar o futuro, este encontra-se adstrito ao presente. Seus planos não vão até o nascer do sol do dia seguinte. Suas necessidades se restringem a alimentos, uma fêmea e repouso, o que lhes é fornecido pela natureza já que seus desejos são compatíveis com o que a natureza lhes fornece. Há assim harmonia já que o homem natural tem o que deseja, pois deseja o que tem (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. Tradução de Ciro Mioranza. 2ª Ed. São Paulo: Escala, 2008).

² Émile Durkheim, ao analisar o homem e a sociedade descritos por Montesquieu e Rousseau, sobretudo em sua fase inicial, salienta que conforme os homens despertam de sua indolência original e suas faculdades e idéias são aguçadas por relações mais ativas, passam a se juntar para superar as resistências encontradas na natureza. A necessidade de civilização faz com que eles estabeleçam obrigações contratuais de convivência. (DURKHEIM, Émile. *Montesquieu e Rousseau: Pioneiros da Sociologia*. Tradução de Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008, p. 85-97)

³ DURKHEIM, op. cit., p. 91.

Só a partir da formação das sociedades as palavras “dever” e “direito” passaram a ter sentido, sobretudo pelo fato do homem em seu estado natural (ou inicial) ter como únicas preocupações o si mesmo, e não aquelas decorrentes da vontade geral.⁴ Isso pelo fato dos anseios do homem naquele estágio resumirem-se à satisfação de necessidades básicas diárias (alimento e abrigo) que eram supridas pelo meio ambiente natural – o homem desejava o que estava ao seu alcance e lhe era fornecido pela natureza.

Diante das dificuldades externas ao homem, decorrentes da natureza ou de atos de outros homens, a associação parece fornecer elementos para a vida em *segurança*, com abdições e obrigações estabelecidas por convenções dos associados, que formulavam ou aderiam a regras⁵ de convívio num determinado ambiente.

Na Grécia antiga, onde a sociedade era tida como um fenômeno natural, já podemos encontrar em Aristóteles o sentido da associação entre os homens, que é almejar algo melhor.⁶

Voluntariamente ou não, cada indivíduo ao aderir a convenções renuncia a sua liberdade original, *confiando* que seu ato lhe garantirá proteção e *segurança*, pelas forças da coletividade, já que estas forças se afiguram, incomparavelmente, maiores que as forças de cada indivíduo isoladamente.

Este organismo, ser coletivo, ou corpo político, mantém preservadas a liberdade e igualdade, mas atribui nova natureza a estas. Ou seja, se a liberdade individual no estado natural era garantida e limitada pela força do indivíduo – fato físico limitado pela força e pelo ambiente natural -, com o estabelecimento do Estado Civil a liberdade é limitada e regida pela vontade geral, por um poder soberano⁷, que transcende os interesses do plano individual e alcança um status de direito/dever. E é a *lei* o ato pelo qual a vontade soberana se manifesta, com o objetivo de fixar os direitos individuais e, assim, assegurar equilíbrio entre as partes que compõe o todo – a sociedade.

⁴ Pondera Émile Durkheim que acima do homem que compõe o estado civil “há algo que ele é obrigado a levar em conta (o dever) e que seus semelhantes também são obrigados a levar em conta (o direito)” (DURKHEIM, op. cit., p. 107).

⁵ Salienta Montesquieu que “No estado de natureza, os homens nascem realmente na igualdade; mas não poderiam nela permanecer. A sociedade faz com que a percam, e eles só voltam a ser iguais graças às leis” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat: *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 125).

⁶ O aluno de Platão e criador da Lógica sustenta que “Sabemos que toda a cidade é uma espécie de associação, e que toda a associação se forma almejando um bem, pois o homem trabalha somente pelo que ele considera um bem” (ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13).

⁷ Segundo Durkheim “a soberania é simplesmente a força coletiva – tal como estabelecida pelo pacto fundamental – a serviço da vontade geral” (op. cit., p. 113). O poder soberano poderia ser exercido por um homem ou por uma assembléia de homens.

Partindo da definição negativa da natureza humana a fim de justificar a necessidade da criação do Estado, num contexto histórico absolutista, monárquico e sem divisão de poderes, Thomas Hobbes⁸ considera o estado natural um estado anárquico, devido a sua *incerteza e imprevisibilidade*, uma vez que todos são livres e desimpedidos, o que leva ao permanente conflito de vontades e interesses. Portanto, para este filósofo se fazia necessário um poder cuja força ultrapassasse a de muitos homens naturais para garantir a estes *segurança e estabilidade* contra seus inimigos comuns e contra suas próprias paixões. Tal poder seria desempenhado pelo Estado, que, segundo Hobbes, era um homem artificial – O Leviatã.

Para Hobbes o poder deveria ser exercido por um Deus-homem como única forma de controlar as imprevisibilidades e conflitos gerados pelo povo – somente as leis deste soberano são legítimas e devem ser cumpridas sem qualquer contestação. Assim, a visão de Estado de Hobbes - Estado máximo centralizado na figura do Soberano com a submissão dos demais - parte de um ideal absolutista, com um regime monárquico pelo qual caberia ao Estado o controle do poder eclesiástico, político e do povo.

As idéias de Hobbes (século XVII), apesar de fornecerem base para o contratualismo e o positivismo jurídico, foram objeto de ferrenhas críticas de pensadores do século XVIII, sobretudo pelo fato daquele não aceitar a existência de direitos naturais anteriores ao Estado civil, com exceção do direito à legítima defesa.

Os críticos mais expressivos ao modelo de pacto de Hobbes foram John Locke e Jean-Jaques Rousseau.

Locke reconhecia o contrato social como sendo um pacto de *associação*, e não de *submissão* como preconizava Hobbes, pelo qual ainda no estado natural os homens renunciam seus poderes individuais em detrimento da coletividade, numa espécie de concessão generalizada com o fim de ultrapassar o estágio natural e promover um Estado civil que garantisse *direitos e deveres* mútuos, no qual a forma de governo – Oligarquia, Monarquia ou Democracia -, ou sociedade política, pode ser escolhida para reger o Estado Civil.⁹

Cumprido salientar que Locke tinha preferência pela Monarquia Constitucional como forma de governo, na qual ao poder executivo (exercido por um soberano ou uma assembleia) incumbiria a administração interna, ao legislativo (para ele supremo e sem

⁸ Para o filósofo inglês Thomas Hobbes a natureza humana é destrutiva e amoral, dotada de egoísmo, hedonismo, concupiscência, entre outras características que tornam os indivíduos indesejáveis entre si e os mantém em constante “estado de guerra” (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes. 2003).

⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 13.

limitação formal) competiria a promulgação de leis em detrimento da coletividade, e ao poder federativo as questões supranacionais de realizar acordos e manter a paz.

No Estado Civil de Locke as liberdades individuais são mantidas, podendo o povo destituir o governo quando não atendidas as expectativas sociais. Entretanto, ao mesmo tempo que as idéias deste filósofo defendiam o pacto social pautado numa democracia liberal, na qual a liberdade e tolerância (sobretudo a religiosa) eram requisitos fundamentais, defendia a propriedade privada como direito natural e, de forma paradoxal, já que procurava formalizar juridicamente a escravidão, a igualdade entre os homens.

Se o contrato social de Hobbes era pautado pela idéia de Estado Máximo e o de Locke no Estado Liberal, o de Rousseau tinha como base o Estado Democrático. Este filósofo iluminista reconhecia no homem natural inocência e bondade, sendo que no primeiro estágio natural o homem isolado – “bom selvagem” – possuía igualdade e liberdade plenas, sendo o soberano de si mesmo. Estágio este que através da linguagem, da propriedade privada e da sociabilidade, faz com que os homens percam sua liberdade natural, em consequência das desigualdades políticas e sociais geradas por tais fatores de socialização.

Para Rousseau o homem era naturalmente bom e a sociedade o corrompeu, e os pactos sociais das teorias de Hobbes e Locke se mostravam ineficazes ao não atacarem as desigualdades geradas pelo status, poder político e capital. Sendo que o fundamento de sua teoria social racionalista tinha como método a desnaturação¹⁰ do homem através da utilização das leis da natureza e da essência humana de forma que o seu modelo de contrato social pudesse ser realizado mediante transformações políticas e educacionais.¹¹

O pacto de Rousseau tinha por fim tornar os homens conscientes de seu papel e assim torná-los cidadãos com capacidade intelectual para governar, já que todos teriam poder de decisão política – igualdade política – e se submeteriam a sua própria vontade, o que proporcionaria um desenvolvimento social equânime.

O contrato social rousseauiano tinha suas bases fincadas na nítida prerrogativa do *dever ser*.

¹⁰ No pensamento de Rousseau, o processo de desnaturação - passagem de um estado original, pré-social para o estado de sociedade – é tema central e tem como base fundamental a educação individual e/ou de grupos a fim de modificar a consciência do homem de modo a torná-lo consciente e racional. Para ele este homem natural “reformado” seria capaz de perceber a equidade e o “amor de si” tornando-se cidadão. Para melhor compreensão dos mecanismos envolvidos neste processo, vide também ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou da Educação*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. Tradução de Ciro Mioranza. 2ª ed. São Paulo: Escala, 2008.

A teoria de Estado pós-contrato social deste filósofo suíço admite a possibilidade da adoção da democracia, aristocracia ou monarquia como formas de governo, desde que o exercício da soberania estivesse vinculado à vontade geral – vontade absoluta da coletividade, pela qual qualquer forma de governo poderia ser desmantelada pelo povo se este assim desejasse -, com o fim de que o Estado fosse regido pela democracia e pela equidade, com o propósito de evitar desigualdades, *garantir a segurança e o bem-estar do povo*.

Podemos verificar nas passagens acima pontos de confluência e divergência entre os filósofos acerca da formação do Estado civil em antítese ao estado de natureza, sobretudo no que concerne às teorias contratualistas que fundamentam o poder Estatal legitimado. Entretanto, em todas as teorias os pactos sociais visam garantir, através do Estado, *estabilidade, segurança e bem estar* aos homens, tendo influência direta na concepção do pensamento jurídico moderno e contemporâneo, sobretudo no constitucionalismo contemporâneo do Estado Democrático de Direito, no qual deve ser contextualizado o princípio da segurança jurídica.

A análise, mesmo que superficial do contratualismo na formação do Estado e da ideologia jusnaturalista clássica se mostram importantes para o nosso estudo a fim de verificar na segurança, sobretudo na jurídica, “uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma” e o Direito positivo como ferramenta “a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social”.¹²

Em linhas gerais, as teorias positivistas inspiradas no pensamento Kelseniano abrem mão de elementos metafísicos ao entenderem que todo direito é direito positivo. Ou seja, toda ordem jurídica é resultado da criação humana e a validade jurídica não seria uma questão de valor extrínseco a lei, mas decorrente desta.

Se o jusnaturalismo admite o direito como produto de idéias (metafísico), a existência de leis naturais e superiores a norma positivada pelo Estado, bem como os valores do ser humano como pressuposto para a validade das normas, a fim de se buscar um ideal de justiça, o juspositivismo defende o direito como produto da ação humana (empírico-cultural), leis formais impostas pelo Estado cujo próprio ordenamento jurídico é pressuposto de validade.

Logo, para a teoria juspositivista, sobretudo em sua versão forte (positivismo jurídico exclusivo)¹³, a validade jurídica não seria uma questão de valor, mas uma questão de

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira De. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 124-125.

¹³ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005, p. 18.

fato – a legalidade – de modo que a validade da norma jurídica deve atender critérios formais, não deixando de apresentar conteúdo válido em razão de critérios materiais ou argumentos morais¹⁴.

Mas a teoria kelseniana não é unânime nem mesmo entre os positivistas. Se de um lado a validade das normas jurídicas dependem exclusivamente de elementos empírico-culturais, há dentre os juspositivistas aqueles que admitem, no exame da validade jurídica das normas de um dado ordenamento jurídico, do ponto de vista fático, eventual conexão entre direito e moral, sobretudo acerca da fundamentação de posições jurídicas a partir de critérios de justiça ou de moralidade política (positivismo jurídico inclusivo)¹⁵.

Tanto as teorias jusnaturalistas como juspositivistas trazem contribuições para a compreensão e interpretação do Direito, sobretudo dos valores da segurança jurídica e da justiça.

“Nem tanto ao céu nem tanto a terra” – nem tanto à estrita compreensão do Direito com fonte proveniente da natureza humana, nem tanto à estrita compreensão do Direito com fonte única em leis escritas. Partimos desta metáfora para consignar – de modo superficial - as contribuições¹⁶ que as teorias acima analisadas trouxeram para os sistemas jurídicos atuais, sobretudo os ocidentais, ao darem alicerce aos homens na luta contra arbitrariedades estatais e judiciais que negavam em determinados contextos históricos direitos hoje tidos como fundamentais, bem como a importância da segurança jurídica como princípio esculpido nas Constituições modernas.

Tal postura para a análise epistemológica do princípio da segurança jurídica se alicerça também no jusnaturalismo axiológico de Gustav Radbruch após as arbitrariedades cometidas durante a Segunda Guerra e seu ideário de um Direito Natural racional renovado pelo ordenamento positivo, com atuação no cenário social e concretizável axiologicamente, com a finalidade da subordinação da lei à justiça. Adverte o jurista alemão: “Há também princípios fundamentais de todo direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito

¹⁴ Nesse sentido, Kelsen defende que a validade do conteúdo de uma norma jurídica “têm de ser produzidas através de um ato especial de criação”. “São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva” e “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 221).

¹⁵ Para uma melhor compreensão da teoria do positivismo jurídico inclusivo, vide WALUCHOW, Wilfrid. *Positivismo Jurídico Includente*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

¹⁶ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à filosofia do direito*. Trad: Jacy de Souza Mendonça. Porto: Rés, 1993, p. 64.

jurídico positivo, de tal modo que toda lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade”.¹⁷

O jusnaturalismo axiológico radbruchiano tinha como escopo central a coibição dos desmandos do poder, sobretudo aqueles cometidos durante o regime nazista que, amparados pelo direito positivo e a segurança nele depositado, escreveu um triste capítulo na história da humanidade.

Assim, no pensamento de Radbruch pode-se perceber após o Nazismo a expressa substituição do fundamento pragmático do Direito – se antes do nazismo o jusfilósofo alemão via na segurança (direito positivo) o valor por excelência do Direito, após o concebe no valor justiça.

A importância da teoria sistemática da interpretação axiológica dos valores jurídicos de Gustav Radbruch, apesar de sua abstração¹⁸ no que concerne em adequar o Direito Positivo à finalidade de servir os valores jurídicos, já que a aplicação de tal fórmula com o intuito de invalidar a aplicabilidade de norma jurídica positiva incompatível com a justiça teria lugar somente em casos extremos a partir do estabelecimento de critérios de correção entre positividade (valor segurança jurídica) e eticidade (valor justiça) agrega ao Direito conteúdo ético.

Os elementos teóricos presentes no contratualismo – pacto social visando garantir, através do poder outorgado ao Estado, *estabilidade, segurança e bem estar aos homens* - fincaram as balizas necessárias para a compreensão e justificação da formação dos Estados e dos poderes a estes conferidos, bem como dão sentido às palavras “dever” e “direito”¹⁹.

Já os elementos teóricos presentes nas correntes juspositivistas (segurança objetivada na norma) e jusnaturalistas (sentimento de justiça) trouxeram incontestável influenciam na construção pelo homem de um projeto racional de organização sistemática e social que agregou em um texto escrito (as Constituições Modernas) liberdades, direitos, deveres e limites aos indivíduos e ao poder político. Neste sentido, Canotilho²⁰ define as Constituições Modernas como sendo: [...] “a ordenação sistemática e racional da comunidade

¹⁷ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 474.

¹⁸ Alexy considera como obscura a fórmula radbruchiana de se adequar o Direito Positivo à finalidade de servir os valores jurídicos e a idéia de Direito e denomina esse critério de valoração radbruchiano do direito positivo de “tese débil da vinculação” entre *jus positivum* e *jus iustum*, mas admite este critério corretivo, em casos excepcionais, como tarefa jurisdicional (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Trad: Jorge de Sena. Espanha, Barcelona: Gedisa, 1994, p. 40, 53 e 58).

¹⁹ Theophilo Cavalcanti Filho, utilizando-se do magistério de Radbruch, proclama que justiça e segurança “são os únicos elementos universalmente válidos da idéia de direito” (CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança jurídica no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 80).

²⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 46.

política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”

Se na monarquia (governo de um só) e na aristocracia (governo de poucos) o poder do Estado busca garantir interesses de um ou de poucos, na democracia, ao menos em tese, o poder almeja o interesse comum, de governantes e governados, onde os cidadãos não possuem apenas direitos civis, mas também direitos públicos, garantindo-lhes ainda mais segurança.²¹

É no Estado de Direito, sobretudo no democrático, que a segurança jurídica se apresenta ainda mais relevante na manutenção da *confiança* depositada pelo cidadão no poder desempenhado pelo Estado em favor da coletividade e na concretização dos interesses desta. E a segurança jurídica serve de fundamento ao Estado, sendo indispensáveis à busca da justiça²².

A segurança jurídica pode ser tida como o princípio do Estado Democrático de Direito ao vincular o poder do Estado a normas que conferem à sociedade, ao menos em tese, *previsibilidade, segurança e confiança*, tendo sido lançada na maioria das Constituições como princípio a partir da segunda metade do Século XX.

Na Constituição Alemã o princípio da segurança jurídica deriva do princípio geral do Estado de Direito, concebido como forma institucional da Alemanha nos ditames do artigo 20 da Lei Fundamental Alemã. Ademais, cumpre lembrar dos horrores vividos pelo povo deste país sob os mandos e desmandos do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*), em português partido Nazista, que ofenderam profundamente as idéias de liberdade e dignidade humana e, por tal razão, foram estas idéias resgatadas e passaram a ter na Lei Fundamental Alemã o *status* de um valor constitucional (ou fundamental) estruturador – imperativo (*Gebot der Rechtssicherheit*) - do Estado de Direito e da democracia.

Na mesma linha, as Constituições da Itália (Constituição da República Italiana de 1947), França (Constituição de Quinta República Francesa de 1958) e Portugal (Constituição

²¹ Conforme Bobbio: “É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad: Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 31).

²² Carlos Aurélio Mota de Souza sustenta que: “Segurança e Justiça, portanto não se contrapõem, mas enquanto esta é um poder moral, desarmado, sua garantia de efetivação no direito repousa na materialidade objetiva da segurança jurídica.” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência – um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: Ltr, 1996, p. 269).

da República Portuguesa de 1976), não possuíam textualmente o princípio da segurança jurídica, mas o tinham como princípio “supremo” não-escrito que atende a exigências e se inter-relaciona com outros princípios constitucionais, além de se traduzir em elemento fundamental e indispensável ao funcionamento do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Espanhola de 1978 (Título Preliminar, art. 9º, 1, Três) traz textualmente o princípio da segurança jurídica ao lado do princípio da legalidade, da irretroatividade das normas desfavoráveis, da responsabilidade e interdição a arbitrariedades das autoridades.

No sistema jurídico brasileiro, sobretudo o constitucional, a segurança jurídica pode ser extraída dos textos de 1824 (art. 179, III e XXVIII), 1891 (art. 11), 1934 (art. 113) e 1967 (art. § 3º do art. 153). Entretanto, é na Constituição Federal de 1988 que a segurança jurídica alcança maior relevância como norte da preservação dos direitos fundamentais e decorre da análise das conjugações do preâmbulo e artigo 5º da Magna Carta como propósito da República Federativa do Brasil de: “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna [...]”, bem como garantir “[...] aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Adverte Steinmetz²³ que o princípio da segurança jurídica constante da Constituição de 1988 “assume relevância qualitativamente superior, porque se trata de segurança jurídica em uma constituição formulada para a promoção de um regime democrático de governo e de vida” diferente dos fins decorativos em constituições vigentes em regimes autoritários. Além de identificar em vários dispositivos da Constituição o dever de respeito e de proteção à segurança jurídica (art. 5º, caput, incisos II, XXXVI, XXXIX, XL, e art. 37, 150, I e III).

Na doutrina nacional, Carlos Aurélio Mota de Souza salienta ser a segurança jurídica elementar objeto de análise da Teoria Geral e da Filosofia do Direito, tratando-a como “valor fundamental das sociedades democráticas atuais” e se utiliza dos ensinamentos de Gustav Radbruch, após a Segunda Guerra Mundial, que tinha como objetivo concretizar a segurança jurídica não apenas pelo Direito Legal (*Gezetsesrecht*), mas pelo Direito Judicial (*Richterrecht*).²⁴

²³ STEINMETZ, W.. A fundamentação e o reconhecimento do princípio da proteção à confiança no direito constitucional brasileiro. In: MACHADO, Edinilson Donisete; BERTASO, João Martins; CUNHA, Leandro Reinaldo da. (Org.). *Direitos fundamentais e Democracia III*. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 303.

²⁴ SOUZA, op. cit., p. 20-21.

Humberto Ávila afirma ser o princípio da segurança jurídica na Constituição Federal de 1988 construído a partir do princípio do Estado de Direito e sob duas perspectivas.

Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º XXXVI) e das regras da legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, 'a') e da anterioridade (art. 150, III, 'b').

Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal.²⁵

Humberto Theodoro Junior se utiliza da doutrina comparada de Zimmer para tratar tal princípio. Verbis:

O princípio de segurança jurídica é um elemento essencial, como a justiça (Gerechtigkeit), do princípio do Estado de Direito e tem, por conseguinte, como todos os elementos estruturadores da noção de Estado de Direito, um valor constitucional. Isso decorre de uma concepção teórica mais global da liberdade individual e da sociedade liberal que é aquela onde se nutre a democracia. No seio desta sociedade onde a liberdade individual se determina a ser um valor de referência e onde o Estado de Direito se empenha a ser a garantia, a segurança jurídica aparece como componente essencial de tal proteção.²⁶

Diferente da Constituição Espanhola de 1978, que traz a expressão textual do princípio da segurança jurídica, a Magna Carta de 1988 traz este princípio de forma implícita, como decorrência do princípio do Estado de Direito, o que não lhe diminui o valor para o nosso sistema jurídico.

De forma expressa ou não o princípio da segurança jurídica se traduz em vetor do sistema jurídico brasileiro, muitas vezes possuindo maior eficácia do que princípios explícitos.²⁷

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 295.

²⁶ ZIMMER, Willy. Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica*. In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n.º 1, abr. 2006. p. 100.

²⁷ Souto Maior leciona que “O princípio implícito não difere senão formalmente do expresso. Têm ambos o mesmo grau de positividade. Não há positividade “forte” (a expressa) e outra “fraca” (a implícita). Um princípio implícito pode muito bem ter eficácia (= produzir efeitos) muito mais acentuada do que um princípio expresso” (BORGES, Souto Maior. *Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo*. RDT, n.º 63. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 206). Na mesma linha, Walter Claudius sustenta que os princípios “podem apresentar-se explícitos (com maior nitidez e segurança, embora então limitados pelas possibilidades da linguagem) ou implícitos, mas, numa formulação como na outra, exercendo idêntica importância sistêmica e axiológica” (ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 54).

No estudo do princípio em comento, o Constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho também entende que se trata de princípio implícito inerente ao Estado de Direito (Constituição de Portugal) e que as idéias nucleares daquele princípio desenvolvem-se sob dois conceitos principais. Quais sejam:

[...] *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.²⁸

Destas idéias podem ser extraídas duas dimensões do princípio da segurança jurídica – uma objetiva e outra subjetiva.

A dimensão objetiva é aquela que diz respeito aos limites da retroatividade dos atos do Estado, inclusive os legislativos, e a dimensão subjetiva “concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”.²⁹

Esta primeira parte do nosso trabalho tem como objetivo, a partir da incursão teórica na formação do Estado fornecer as bases necessárias para a compreensão do princípio da segurança jurídica e importância deste na construção democrática dos Estados de Direito atuais. Para tanto, partimos da influência das teorias do contrato social e do jusnaturalismo na elevação da segurança jurídica à categoria de princípio constitucional nos sistemas jurídicos pátrio e alienígenas, como forma de garantir ao cidadão (titular do poder) um mínimo de *previsibilidade, harmonia e estabilidade* em suas relações entre pares e com o Estado.

Feitas tais observações, em seguida passaremos à análise da dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica em sua gênese e dimensões.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 380.

²⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005, p. 4. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 09 de julho de 2015.

2.2 Gênese e dimensões da confiança

Na primeira parte deste trabalho destacamos de forma proposital, dentre outros, os termos *liberdade*, *bem-estar*, *estabilidade*, *segurança* e *confiança*, por servirem de base ao princípio da segurança jurídica em suas dimensões (objetiva e subjetiva), e se colocarem ao lado deste como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” (Preâmbulo da Constituição de 1988).

Cumprido de logo utilizarmos as lições de Niklas Luhmann acerca da importância da confiança, que para este sociólogo alemão se traduz da seguinte forma: “La confianza no es la única razón del mundo; pero una concepción muy compleja y estructurada del mundo no podría establecerse sin una sociedad definitivamente compleja, que a la vez no podría establecerse sin la confianza”.³⁰

Os estudos de Luhmann trouxeram notáveis contribuições para o pensamento sócio-jurídico contemporâneo ao apresentarem argumentos teóricos acerca da interdependência da estrutura do Direito e do sistema social, bem como das expectativas que permeiam as relações humanas, possibilitando que o indivíduo possa *prever* que uma determinada atividade, ou conduta, poderá conduzir a um determinado objetivo.

Conforme Luhmann³¹ não existem apenas expectativas, mas também expectativas de expectativas. Ou seja, por existir o outro, minhas expectativas não dependem apenas do meu comportamento, mas também do agir do outro, havendo um duplo horizonte de perspectivas (em si e no outro), de seletividade (decisão acerca da ação ou omissão) e de contingência (a seletividade permite que algo ocorra ou não).

Assim, a função do Direito, a partir da seleção de expectativas comportamentais, é produzir “congruência seletiva, disponibilizando caminhos congruentemente generalizados para as expectativas”³², a fim de minimizar transgressões. Nesta linha, o Direito, como estrutura de um sistema social, visa, num determinado contexto espaço-temporal, selecionar as expectativas dando a estas *sentido*, *estabilidade* (relativa) e coerência para protegê-las dos desapontamentos.³³

³⁰ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Universidad Iberoamericana. México: Anthropos, 1996, p. 164.

³¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 48.

³² ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula; MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Direito e Ciberespaço: uma Observação Sistêmica da Publicidade no Comércio Eletrônico. *Revista de Ciências Sociais* (UGF) Rio de Janeiro (RJ), v. 14, p. 113- 132, 2009, p. 121.

³³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Op. cit., p. 72-76.

Na medida em que o Direito tem por função dar sentido, estabilidade e coerência às expectativas selecionadas a fim de, ao menos, tentar minimizar os desapontamentos, a *confiança* não repousa sobre a *certeza absoluta* do Direito e sim na *expectativa* selecionada por este.³⁴

A confiança deve ser compreendida em sua inter-relação com o complexo sistema social, o contexto espaço-temporal e o Direito, como forma de auxiliar na produção de sentido jurídico e possibilitar, no presente, a redução da complexidade³⁵ social.

Para operar, a confiança depende do tempo, já que se encontra entre o passado e o futuro, para permitir que no presente reduza-se a complexidade do sistema social. Para melhor elucidar tal afirmativa, nos valem das palavras de Darío Mansilla: “la confianza es una apuesta, hecha en el presente, hacia el futuro, y que se fundamenta en el pasado [...] no existe, no obstante, certeza”³⁶.

Ao tratarmos aqui do vocábulo “certeza” não entenda-se como certeza estanque – imutável, absoluta –, uma vez que na história da evolução social aquilo que um dia foi tido como certo pode ser relativizado num futuro próximo.

Assim, confiar não quer dizer eliminar os perigos e incertezas no futuro – o futuro se mostra incerto e permanecerá sendo incerto –, mas “agir como se o futuro fosse confiável”. Ou seja, em face da incerteza do futuro, o papel do Direito é assegurar expectativas sociais generalizando-as em suas três dimensões de sentido – *temporal*, *social* e *prática* – mediante a realização de reduções que “possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas”.³⁷

³⁴ Entendemos ser aqui importante, com base no pensamento de Luhmann (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Op. cit., p. 48-76), uma distinção entre os vocábulos “expectativa” e “certeza” em seu sentido absoluto ou imutável. Aquele remete à idéia de condição de quem espera um acontecimento, com base em probabilidades ou na possível efetivação deste, já que se trata de elemento subjetivo e não na certeza de sua concretização. Já a certeza é uma condição psicológica, ou estado mental, de que as coisas são tais quais o indivíduo as concebe, ou ainda de estar na posse da verdade. Em outras palavras, caracteriza-se pela absoluta adesão a uma idéia, opinião ou fato, desconsiderando qualquer possibilidade de erro ou equívoco. Em se tratando da ciência em sua inerente complexidade, não há que se falar em certeza absoluta ou incontestável.

³⁵ Para Luhmann “Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas [...] A orientação a partir da regra dispensa a orientação a partir das expectativas. Ela absorve, além disso, o risco de erros da expectativa, ou pelo menos o reduz, isso porque, graças à regra, pode ser suposto que aquele que diverge age erradamente, que a discrepância se origina, portanto, não da expectativa (própria) errada, mas da ação (alheia) errada. Nessa medida a regra alivia a consciência no contexto da complexidade e da contingência” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Op. cit., p. 45 e 53).

³⁶ MANSILLA, Darío Rodríguez. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Op. cit., p. 23.

³⁷ As três dimensões diferem no que se refere à forma de estabilização, pelo sistema jurídico, das expectativas contra desapontamentos. Sendo que na dimensão *temporal* se dá por meio da normatização, tendo como tática a sanção. Já na dimensão *social* a estabilização se apóia sobre consenso esperado a partir de terceiro(s), ou

Nesta esteira, a produção de sentido jurídico dá-se graças a relações de confiança e esta pode ser tida como a base do enfrentamento da complexidade e contingência do sistema social contemporâneo pelo sistema jurídico.

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann tem como uma de suas premissas a confiança.³⁸ E esta é compreendida em três dimensões: a) *Subjetiva* – é necessário ter confiança e confiar nesta confiança (operação reflexiva); b) *Compartilhada* – que dá enfoque às expectativas reciprocamente compartilhadas entre indivíduos e; c) *Sistêmica* – pela qual a confiança se estrutura em expectativas generalizadas em sistemas e organizações, transcendendo aspectos psíquicos ou individuais.³⁹

Já o sociólogo britânico Anthony Giddens para tratar da confiança em sua obra *As consequências da modernidade* se utiliza da definição constante do Oxford English Dictionary segundo o qual o termo seria compreendido como “crença ou crédito em alguma qualidade ou atributo de uma pessoa ou coisa, ou a verdade de uma afirmação”. Mas ressalta que na atualidade a “confiança opera em ambientes de risco, nos quais podem ser obtidos níveis variáveis de segurança (proteção contra perigos)”⁴⁰ e as relações “de confiança são básicas para o distanciamento tempo-espaco⁴¹ dilatado em associação com a modernidade”.

Tanto Luhmann quanto Giddens, apesar de divergirem no sentido da confiança para os sistemas jurídico e social, apresentam pontos em comum no que se refere à importância da confiança como pressuposto para a existência e manutenção da ordem jurídico-social da atualidade e sua dinâmica.

A complexa sociedade contemporânea encontra-se em constante mutação, devendo ser observada de forma dinâmica, a partir da idéia de confiança e das contribuições que esta acrescenta na tomada de decisão também no campo do Direito.

suposições fictícias do consenso (as expectativas podem ser institucionalizadas). Por fim, na dimensão *prática*, as “estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas”. Sobre o assunto, vide LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Op. cit. p. 109-116.

³⁸ Neste sentido vide: LORES, Luis Gustavo Gomes; BARRETO, Ricardo Menna. *Sociologia e Direito: um diálogo a partir das teorias de Niklas Luhmann e Anthony Giddens*. Revista da ABRASD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito, n.º 1, outubro de 2011, p. 245-253.

³⁹ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Op. cit. p. 121.

⁴⁰ GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 52.

⁴¹ Para Giddens a modernidade é inseparável dos sistemas abstratos, ou na confiança nestes sistemas, que propiciam o desencaixe do tempo-espaco das relações sociais. Os sistemas abstratos são caracterizados pela não necessidade de copresença, onde se é necessário “um rosto”, eles se desenvolvem sem a presença de “um rosto” e se caracterizam pela fé em sistemas peritos ou fichas simbólicas, tendo como fundamento a confiança e promovendo o desencaixe tempo-espaco.

Diante de tais argumentos, o ordenamento jurídico deve resguardar a confiança, como pilar da construção de um Direito que minimize os desapontamentos das expectativas legítimas, reduza complexidade e forneça elementos para um convívio social equânime, calcado no presente, mas sem descuidar das projeções para um futuro socialmente melhor.

Conforme Gerson Branco,⁴²:

[...] a confiança é um pressuposto para a existência de uma ordem jurídico-social, pois a preservação da confiança, por meio de promessas e do cumprimento de promessas, faz surgir regras que considerem o ponto de vista do outro, permitindo a convivência social. [...] O valor confiança é um dos pilares de todo o direito. Somente existe a possibilidade de convivência social se o valor confiança está presente.

Os ordenamentos jurídicos devem tutelar a *confiança*, como *princípio* norteador das relações entre particulares e entre estes e o Estado. Ambos devem manter fidelidade à palavra dada e não desapontar as expectativas alheias, ou abusar da confiança depositada, já que estas integram a base indispensável de todas as relações humanas para a manutenção de uma vida coletiva pacífica.

Cumprir lembrar que *liberdade, bem-estar, estabilidade, segurança e confiança* constituem valores fundamentais das sociedades democráticas contemporâneas, dentre elas a brasileira que, a partir da Constituição Federal de 1988, traz a proteção da confiança como princípio.

Mas apresentar um conceito jurídico deste princípio constitucional (proteção da confiança) não é tarefa das mais fáceis, já que, por vezes o termo é utilizado de forma vaga e os estudos acerca do tema são recentes. Como bem salienta Manuel Frada:

Não existe definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam-se referências normativas explícitas a propósito. O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica.⁴³

Há ainda operadores do Direito que confundem o princípio da proteção à confiança com termos como: princípio da segurança jurídica e boa-fé. Como bem faz

⁴² BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A Proteção das Expectativas Legítimas Derivadas das Situações de Confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, nº 12, out./dez., São Paulo, 2002, p. 177-181.

⁴³ FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

referência Almiro do Couto e Silva⁴⁴ o que torna necessário o tratamento do princípio da proteção da confiança com maior precisão terminológica a fim de identificar o real sentido e alcance deste princípio nos casos em que a aplicação deste pelos operadores do direito se mostre realmente necessária.

Para tanto, de forma breve faremos a distinção entre o princípio da proteção à confiança e aqueles tidos como sinônimos deste já referidos no parágrafo supra.

2.3 Necessária distinção entre segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança

A distinção entre o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança nos parece de maior complexidade por estes estarem estreitamente associados e terem sido construídos a partir do princípio do Estado de Direito.

O princípio da segurança jurídica se ramifica em dois sentidos principais, um *objetivo* e um *subjetivo*. Naquele, o princípio é usualmente identificado como segurança normativa objetiva (a segurança no ordenamento jurídico), que se traduz na *previsibilidade* e *calculabilidade* dos destinatários da norma jurídica objetiva acerca dos efeitos jurídicos. Já que o ordenamento jurídico lhes impõe comportamentos, lhes determina a extensão de seus direitos e deveres.

Em sua dimensão objetiva, a segurança jurídica atua sobre a estrutura do sistema normativo, impondo ao Estado o respeito a requisitos objetivos de previsibilidade e calculabilidade dos efeitos dos comportamentos dos destinatários da norma, atuando na correção da estrutura do ordenamento jurídico ao exigir clareza e precisão na construção normativa, possibilitando que o destinatário destas possam conhecer e prever as consequências de suas condutas.

Paulo Pimenta adverte que em sua feição objetiva o princípio da segurança jurídica:

[...] representa uma exigência de possibilidade de previsão pelos administrados, (...) acerca dos efeitos jurídicos dos seus atos, de forma que

⁴⁴ Segundo este autor: “Por vezes encontramos, em obras contemporâneas de Direito Público, referências a ‘boa fé’, ‘segurança jurídica’, ‘proteção à confiança’ como se fossem conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas. Não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa fé, segurança jurídica e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras.” (COUTO E SILVA, Almiro do. Op. cit. 2005, p. 2.)

possam ter uma expectativa a mais precisa possível acerca dos direitos, deveres, poderes, enfim, das situações jurídicas que poderão titularizar.⁴⁵

Portanto, a dimensão objetiva do princípio da segurança jurídica tem estrita relação com a *previsibilidade e irretroatividade* dos atos estatais, sobretudo os legislativos, bem como os institutos da coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido (CF/1988, art. 5º, inciso XXXVI), incidindo sobre a ordem jurídica objetivamente considerada.

Almiro do Couto e Silva sustenta que a natureza objetiva do princípio da segurança jurídica “envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”⁴⁶.

No entanto, no campo da efetivação do princípio da segurança jurídica, os instrumentos concernentes à feição objetiva deste princípio têm se mostrado insuficientes, sendo de elevada necessidade o desmembramento dos valores deste princípio a fim de dar guarida aos efeitos que este produz no indivíduo (feição subjetiva), que pode ser tido como a confiança do indivíduo de que o Estado manterá seus atos, condutas e procedimentos, quando estes estiverem amparados na lei ou, caso não amparados e mesmo contrárias a esta, criem legítimas expectativas no cidadão. Portanto, direciona-se para o futuro (acessibilidade, previsibilidade, imutabilidade das situações, manutenção das expectativas em atos estatais), mas não àqueles atos já garantidos pela estrita legalidade.

O princípio da proteção da confiança está estritamente ligado à *confiança legítima*⁴⁷ ou *expectativa legítima* o que retira o caráter meramente psíquico individual deste para lhe conferir caráter objetivamente aferível.

Ao tratar da tênue distinção entre o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança J. J. Gomes Canotilho salienta que:

⁴⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Mudança na jurisprudência constitucional tributária: limites à aplicação de novos critérios de interpretação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. 11º volume. São Paulo: Dialética, 2007, p. 353.

⁴⁶ COUTO E SILVA, op. cit., 2005, p. 3-4.

⁴⁷ Sobre o termo “legítima” nos valem das explicações de Judith Martins-Costa: “O termo ‘legítima’ explica AUBRY, aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente as quais o sujeito é considerado como estando ‘em bom direito’, cabendo aos juízes determinar o que é ou não conforme ao ‘bom direito’ segundo os elementos circunstanciais e contextuais. Assim, por exemplo, declarações pré-contratuais; eventuais peças publicitárias; a destinação do bem; os usos habituais, as informações acaso prestadas; contratos anteriores ou posteriores, ou quaisquer tipos de atos ou de atividades que confirmem o sentido conferido a declarações, pactuações ou a expressões em contextos anteriores ou circundantes, etc.” (MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n.º 852, out., 2006, p. 97).

[...] a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos. É quase unânime, entretanto, o entendimento de que o “princípio da proteção da confiança” tem como matriz constitucional o “princípio da segurança jurídica”, que é subprincípio, ainda que não expresso, do princípio do Estado de Direito.⁴⁸

O constitucionalista português sustenta ainda que, em sua feição subjectiva, este princípio: a) apresenta limitações de agir ao Estado no que se refere às liberdades de alterar sua conduta e atos quando estes, legais ou não, produziram vantagens aos administrados; e b) atribui ao Estado consequências patrimoniais pelas alterações que geraram - aos destinatários, administrados e a sociedade de modo geral - expectativas legítimas de que aqueles atos seriam mantidos.⁴⁹

Acrescenta ainda este jurista que o princípio da proteção da confiança em seu nascedouro (jurisprudência alemã) tinha como principal fundamento a preservação de atos inválidos do Estado quando seus efeitos gerassem vantagens aos destinatários, amparadas na indiscutível boa-fé destes últimos, mesmo que tais atos estatais fossem eivados de inconstitucionalidade, ilegalidade ou nulos de pleno direito.⁵⁰

Em suma, a expectativa legítima que motivou o administrado a adotar tal conduta, amparada em ato do Estado, não pode ser frustrada de forma arbitrária por este.

O princípio busca resguardar o *status quo* (*Bestandschutz*) evitando que o “crédito” de confiança depositado na conduta estatal seja frustrado por modificações do direito positivo ou por atos emanados dos Poderes Executivo e Judiciário. Em suma, o Poder Público, não poderia, ao menos em tese, adotar novas condutas em contradição àquelas que por ele próprio foram emanadas e, assim, frustrar as legítimas expectativas daqueles que acreditaram nos atos estatais anteriores.

Duas funções precípua podem traduzir o princípio da proteção da confiança legítima, quais sejam: a) atuar como uma proteção das expectativas legítimas e; b) atuar como justificativa da vinculação das partes com a relação jurídica.⁵¹

⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

⁴⁹ COUTO E SILVA, op. cit., 2005, p. 4.

⁵⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. Op. cit. 2005, pp. 4-5.

⁵¹ Neste sentido, MARTINS, Raphael Manhães. O Princípio da Confiança Legítima e o Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, nº 40, p. 11-19, jan./mar. 2008.

No que se refere à aplicação, os elementos para a incidência da confiança podem ser tidos como os seguintes: I) a confiança deve ter como fundamento a conduta de outrem; II) devendo ser justificada; III) deve ter sido feito um determinado “depósito” de confiança; IV) deve haver um comportamento que frustre o “depósito” da confiança criada e das providências nela fundadas.⁵²

Almiro do Couto e Silva traz a distinção entre segurança jurídica e proteção à confiança na mesma linha de raciocínio de J. J. Gomes Canotilho. Senão vejamos:

[...] “segurança jurídica” (*Rechtssicherheit*) é expressão que geralmente designa a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente o “princípio da segurança jurídica”, enquanto a parte subjetiva é identificada como “proteção à confiança” (*Vertrauensschutz*, no direito germânico) ou “proteção à confiança legítima” (no direito comunitário europeu), ou, respectivamente, “princípio da proteção à confiança” ou “princípio da proteção à confiança legítima”.⁵³

Portanto, pode-se chegar à conclusão de que o princípio da proteção da confiança surge da dedução do gênero “princípio da segurança jurídica” em sentido lato, sendo que este decorre do princípio do Estado de Direito. Logo, o princípio da segurança jurídica *lato sensu* para preservar suas dimensões de abrangência (previsibilidade, acessibilidade e estabilidade) poderia ser subdividido em duas formas de incidência: I) em um sentido objetivo (segurança jurídica *stricto sensu*), com incidência sobre a ordem jurídica objetivamente considerada; e II) em um sentido subjetivo (proteção da confiança), com o fim de preservar a legítima confiança dos cidadãos nas expectativas geradas pelo Estado nas suas mais variadas espécies de atuação.

Feitas as ponderações necessárias, ao menos para delimitação conceitual, acerca da segurança jurídica e proteção da confiança, passemos a análise do conceito de boa-fé.

Cumprido de logo referir que o princípio da boa-fé teve sua origem e desenvolvimento no Direito Privado, em especial no direito obrigacional e contratual, e foi largamente discutido no campo doutrinário⁵⁴ e jurisprudencial⁵⁵, já tendo atingido um alto grau de desenvolvimento teórico.

⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7, nº 28, out./dez. 2006.

⁵³ COUTO E SILVA, op. cit., 2005, p. 5.

⁵⁴ Vide NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O Princípio da Boa-fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

Como ocorre com o princípio da segurança jurídica em sentido amplo, o princípio da boa-fé, também *lato senso*, se subdivide em dois sentidos básicos – subjetivo e objetivo. Nesta última acepção (*Treu und Glauben*) a boa-fé se qualifica como norma de comportamento leal – posição de natureza comportamental – impondo deveres jurídicos e apresentando limitações à fruição de direitos subjetivos, bem como à aplicação da norma, não tendo, porém, relação com o desapontamento de expectativas legítimas criadas. Já no sentido subjetivo (*guter Glaube*) se traduz no sentimento pessoal de agir conforme prescreve o ordenamento jurídico, portanto, se insere no campo das intenções, no estado psíquico.

Nas lições de Martins-Consta a boa-fé, no sentido objetivo, se traduz em “uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfego negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte”⁵⁶.

No sentido subjetivo, no campo de aplicação, o intérprete deve considerar a intenção, o estado psicológico, a íntima convicção do sujeito da relação jurídica que, por vezes, se pauta na idéia de crença equivocada de que a conduta esta fundada numa situação regular. Esta se refere, portanto, à correção do sujeito dentro da relação jurídica a fim de não causar dano a interesse alheio, ou ao próprio, tutelado pelo direito.

Conforme salienta José Luis de los Mozos na feição subjetiva tal princípio se refere “a la conciencia del sujeto en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho”⁵⁷.

Pode-se perceber, portanto, que é tênue a distinção entre boa-fé objetiva e proteção da confiança ao ponto de autores com o renome de Jesús González Pérez⁵⁸ afirmarem que “la buena fe incorpora el valor ético de la confianza”, o que torna necessária a distinção terminológica e de aplicação, não como preciosismo, mas como busca do conteúdo dogmático do princípio da proteção da confiança.

Víctor Sebastián Baca Oneto⁵⁹ qualifica como estéril tal discussão, uma vez que mesmo aqueles que apontam similaridades e até identidade entre os dois princípios crêem que

⁵⁵ Na jurisprudência pátria este princípio é aplicado em larga escala pelos tribunais estaduais e superiores, o que pode ser deduzido pela simples consulta eletrônica nos sites dos tribunais.

⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith, Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito*: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136.

⁵⁷ JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones practicas en el derecho civil espanol*. Barcelona: Bosch, 1965, p. 57.

⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena de em el Derecho Administrativo*. Civitas: Madrid, 1999, p. 53.

⁵⁹ BACA ONETO, Víctor Sebastián. *La invalidez de los contratos públicos*. Civitas: Navarra, 2006, p. 335.

o princípio da proteção da confiança é manifestação do princípio da segurança jurídica e não do princípio da boa-fé objetiva. E que, apesar das similitudes aquele (segurança jurídica *lato sensu*) serviu como ponto de partida da dogmática jurídica do princípio da proteção da confiança na quase totalidade dos sistemas de Direito comparado.

Gerson Branco⁶⁰, apesar de afirmar que os princípios da boa-fé e da proteção à confiança não se confundem, qualifica como “nebulosos” os limites exatos do âmbito de atuação destes.

Numa concepção mais abrangente, a fim de que se possa perceber os desdobramentos de tais princípios em situações jurídicas, podemos referir que o princípio da boa-fé objetiva se traduz no *dever* que tem a Administração Pública de não frustrar as expectativas que criou nos seus administrados. Já o princípio da proteção da confiança se traduz no Direito que tem o administrado de que suas expectativas legítimas não sejam frustradas pela Administração Pública.

Ainda que por itinerários diversos os dois institutos confluem para um mesmo destino, já que visam a manutenção de certas condutas da Administração Pública que – lícitas ou não – produziram expectativas legítimas ao administrado. Sendo que a boa-fé objetiva atua no controle da atividade do Estado, enquanto o princípio da proteção da confiança, decorrente da segurança jurídica e do Estado de Direito, figura como garantia do administrado.

Neste sentido, afirma Maurer que a “proteção à confiança parte da perspectiva do cidadão. Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais”⁶¹.

Estas são as linhas gerais, entretanto, a distinção se torna ainda mais aparente quando levamos em conta a criação de razoáveis expectativas dos administrados geradas por atos normativos (presumidamente válidos), uma vez que nestes casos o princípio da proteção da confiança não está condicionado à boa-fé do administrado, atuando *per se*.

⁶⁰ Sustenta o autor que “Princípio da confiança e boa-fé não se confundem. (...) o âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança. Quem age conforme os deveres que nascem pela incidência do princípio da boa-fé também age conforme os deveres que derivam do princípio da confiança. Os limites exatos entre o âmbito de atuação de ambos é nebuloso” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A Proteção das Expectativas Legítimas Derivadas das Situações de Confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, nº 12, out./dez., São Paulo, 2002, p. 184-185.). Referimos aqui quase totalidade já que no Direito Espanhol, em especial no campo jurisdicional, os princípios são tidos como sinônimos ou complementares. Para maior aprofundamento, vide CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 255-276.

⁶¹ MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 68.

Enquanto a confiança do administrado tiver como base atos estatais contrários à ordem jurídica, de natureza concreta e pessoal, a boa-fé do administrado será pressuposto de incidência do princípio da proteção da confiança. Já no que se refere a atos normativos, de natureza geral e impessoal, a exigência do requisito da boa-fé pode ser substituído pela presunção de validade do ato administrativo.

Conforme afirma Rafael Maffini:

[...] nos atos de natureza concreta, quando praticados de modo contrário à ordem jurídica, os destinatários da função estatal de administração pública somente poderão se valer do princípio da proteção substancial da confiança se portarem, de sua parte, um comportamento que, segundo parâmetros objetivos e subjetivos, poderia ser qualificado como de boa-fé. Tal pressuposto, por seu turno, não se apresentaria imprescindível, por exemplo, no que tange aos atos estatais de índole normativa ou em relação aos precedentes administrativos.⁶²

Portanto, podemos extrair dos parágrafos acima que o princípio da proteção da confiança é a feição subjetiva do princípio da segurança jurídica *lato senso*, e, em que pese haver semelhança de sentido entre a boa-fé objetiva e aquele princípio, o princípio da proteção da confiança pode ser tido como o *direito* do administrado de não ter suas legítimas expectativas frustradas pela Administração Pública, sobretudo quando embasados em atos normativos, de natureza geral e impessoal, cuja exigência do requisito da boa-fé pode ser substituída pela presunção de validade do ato, ou ainda em atos individuais e pessoais.

Já o princípio da boa-fé objetiva se traduz no *dever* da Administração Pública de não frustrar as expectativas que criou nos seus administrados, mantendo comportamentos leais àqueles que são os destinatários de suas funções.

Realizadas tais ponderações, passamos à análise da origem e evolução do princípio da proteção da confiança em âmbito internacional, a fim de garantir a este princípio maior suporte operativo no sistema jurídico pátrio.

2.4 Origem e evolução do princípio da proteção da confiança no direito comparado

O objetivo das próximas linhas é trazer informações de ordenamentos jurídicos em que os estudos sobre o tema se mostram mais maduros, a fim de que sirvam de subsídios para a compreensão e operatividade deste princípio no contexto jurisdicional pátrio.

⁶² MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 58.

Cumprido de logo apontar que o surgimento do princípio da proteção da confiança teve como pano de fundo a segunda metade do Séc. XX, em especial o contexto pós Segunda Guerra Mundial.

Neste cenário, o Estado Liberal dá lugar ao Estado Social (ou Estado-Providência) no qual a dependência, direta ou indireta, dos cidadãos em relação ao Poder Público pressionam este último a adaptar-se às novas exigências da sociedade (econômicas, culturais, sociais, científicas, etc), bem como ao temor da ocorrência de abusos e atrocidades como aqueles cometidos pelo Partido Nazista. Em que pese ser mais antiga a noção de que certas expectativas criadas pelo Estado merecessem proteção, mas amparadas no argumento de presunção e aparência de legitimidade.

Assim, no pós-guerra, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança foram inseridos nos ordenamentos jurídicos, explicitamente ou não, para resguardar a manutenção do *status quo* e evitar que os cidadãos fossem surpreendidos com modificações da norma jurídica e da conduta do Estado que lhes ferissem interesses e expectativas legítimas.

Nesta senda é o comentário de Javier Garcia Luengo de que tais princípios (segurança jurídica e proteção da confiança) surgiram na doutrina alemã do pós-guerra e rapidamente ganharam corpo neste país, nos países sob influência do âmbito jurídico alemão, além dos demais sistemas jurídicos europeus, tendo ganhado status de princípio geral pelos estados membros do Direito Comunitário e, inclusive, exercendo importante influência na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.⁶³

Conforme bem salientou Almiro do Couto e Silva, o princípio da proteção da confiança ganhou afirmação, no período compreendido entre os anos de 1957 a 1978, no “vasto domínio da regulamentação econômica, como no da restituição de subvenção do Estado irregularmente concedida, como no da função pública comunitária”⁶⁴ para, enfim, consagrar-se como princípio de valor constitucional, na Alemanha, e princípio fundamental do Direito Comunitário, nas decisões das Cortes de Justiça das Comunidades Europeias.

O princípio da proteção da confiança, como já salientado, teve seu nascedouro no direito alemão, em especial na jurisprudência deste país, com a denominação de *Vertrauensschutz*, tendo como marco o caso julgado em 14 de novembro de 1956 pelo

⁶³ GARCIA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2002, p. 27-29.

⁶⁴ COUTO E SILVA, op. cit., 2005, p. 8.

Superior Tribunal Administrativo de Berlin, que gerou uma série de decisões jurisprudenciais no mesmo sentido.⁶⁵

Referido processo ganhou o título de caso da “Viúva de Berlim” por ter como demandante uma viúva de um funcionário que mudou-se da República Democrática Alemã para a então denominada Berlim-Leste sob a promessa do órgão administrativo desta última, por ato formal, de que fazia jus ao recebimento de rendimentos de pensão sob a condição de mudar-se para a então Berlim Ocidental.⁶⁶

Foi o que fez. Entretanto, um ano depois a autoridade competente suspendeu-lhe os pagamentos e determinou que os valores já recebidos fossem devolvidos, sob o argumento e comprovação de que a pensão havia sido concedida de forma equivocada, já que não preenchidos os pressupostos jurídicos para a benesse.

Sendo assim, a viúva buscou amparo no Judiciário e este, por decisão do Tribunal Administrativo Superior de Berlim confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal acolheu o pleito da demandante, determinando a manutenção do pagamento do benefício, com a fundamentação de que aquela confiou na legalidade (aparente legitimidade) do ato administrativo e, mesmo tendo este se demonstrado posteriormente ilegal, no caso concreto, a confiança deveria prevalecer.

Sobre esta emblemática decisão, que orientou tantas outras na jurisprudência alemã a garantir maior peso ao princípio da proteção da confiança (amparo da confiança e da subsistência da viúva no ato administrativo) em detrimento do princípio da legalidade (mesmo que a extinção do ato fosse um imperativo deste princípio), se mostram importantes as elucidações de Maurer⁶⁷ e Couto e Silva⁶⁸.

Após tal decisão, seguiram-se outras tantas na jurisprudência alemã para garantir estabilidade a atos estatais, mesmo quando originariamente contrários ao Direito, que geraram situações fáticas aos administrados que neles confiaram.

Em diversas situações concretas levadas à apreciação judicial naquele país, o princípio da proteção à confiança prevaleceu (teve maior peso) quando ponderado com o princípio da legalidade, ao ponto de alguns⁶⁹ falarem em “marcha triunfal do princípio da proteção da confiança” (*Siegeszug des Vertrauensschutzprinzips*) no âmbito judicial daquele país.

⁶⁵ COUTO E SILVA, op. cit., 2005, p. 6-9

⁶⁶ COUTO E SILVA. Idem.

⁶⁷ MAURER, op. cit., 2001, p. 70.

⁶⁸ COUTO E SILVA, op. cit., 2005, p. 6-7.

⁶⁹ Neste sentido, GARCIA LUENGO, op. cit., 2002, p. 30.

De fato o princípio surgiu e deixou sua marca na jurisprudência alemã, tendo atingido o status de princípio constitucional pelo Tribunal Constitucional Alemão na década de 70. Mas foi em 1976, com a edição da Lei de Processo Administrativo alemã, que este princípio ganhou maior operatividade, através de sua expressa previsão nos parágrafos 48 (trata da revogação de atos administrativos inválidos) e 49 (trata da revogação de atos administrativos válidos).⁷⁰

Em suma, o Direito Alemão protege a confiança (como princípio constitucional): I) impossibilitando a extinção de atos estatais, irregulares ou não, salvo as exceções previstas no § 49.3 (casos em que a violação da confiança legítima pela revogação do ato é passível de reparação pecuniária), que criaram expectativas legítimas nos cidadãos; e II) alargou o campo de aplicação deste princípio para atos estatais que se mostrem prejudiciais aos cidadãos, por ser a proteção da confiança justificada pela manutenção dos efeitos favoráveis aos administrados.

Portanto, na Alemanha, tendo origem na jurisprudência e alcançando a esfera legislativa, o princípio da proteção da confiança (constitucionalmente reconhecido) passou a ter suma importância na defesa dos cidadãos nos casos de tensão com o princípio da legalidade.

Outro ordenamento jurídico que merece atenção pelo grau de desenvolvimento do princípio da proteção da confiança é o espanhol. Em que pese ter este princípio, neste ordenamento, inicialmente ter sido deduzido do princípio da boa-fé objetiva, conforme já referido anteriormente, pela larga utilização deste último princípio na jurisprudência espanhola a proteção à confiança também foi objeto de interesse pelos estudiosos do direito daquele país.

Vale ainda referir que o Direito Espanhol recepcionou os princípios gerais do Direito Comunitário Europeu, dentre eles o princípio da proteção da confiança.

No final da década de 80, precisamente no dia 28 de fevereiro de 1989, o Tribunal Supremo espanhol recepcionou o princípio da proteção da confiança no julgamento de caso que protegia a *razoável esperança* depositada por administrado em ato estatal, gerando estudos mais aprofundados sobre a *confiança depositada pelo administrado em ato estatal* e largo debate sobre o tema na doutrina e jurisprudência.

Quase um ano depois, especificamente em 01 de fevereiro de 1990, o Tribunal Superior espanhol reconheceu a primazia do princípio da segurança jurídica (em seu sentido

⁷⁰ Para um estudo mais detalhado acerca do conteúdo normativo dos §§ 48 e 49, vide CASTILLO BLANCO, op. cit. 1998, p. 121-126.

subjetivo – proteção da confiança) sobre o princípio da legalidade, sob o fundamento de que o ato estatal produziu convicção psicológica no administrado com base em sinais do Estado que o induziram a confiar na legalidade do ato.⁷¹

Sobrevieram diversas decisões invocando o princípio da proteção da confiança na jurisprudência espanhola e as ocorrências e características condicionantes de sua aplicação, segundo Rafael Maffini, amparado por Castillo Blanco, podem ser sistematizados da seguinte forma:

a) a incidência da proteção da confiança exige, de início, uma situação de quebra de previsibilidade, em relação à atuação estatal apta a gerar expectativas dignas de proteção; b) tal situação de quebra de expectativa não pode estar justificada por motivos ou princípios superiores; c) deve resultar da ponderação, necessariamente casuística, do interesse público e do interesse privado, com vistas à obtenção de um grau de estabilidade e previsibilidade das ações estatais; d) mudanças normativas, ainda quando decorrentes da atividade de administração pública, devem trazer consigo a existência de meios e tempo razoável para a sua imposição em face das situações individuais que possam vir a ser alcançadas; e) há a necessidade de “signos externos” produzidos pela Administración Pública aptos a ensejar a confiança digna de proteção; f) deve existir uma situação contrária à ordem jurídica que ponha a legalidade em ponderação com o princípio da proteção da confiança.⁷²

Após a afirmação do princípio na jurisprudência, foi este positivado no ordenamento jurídico espanhol, inicialmente em âmbito local – artigo 1º⁷³ da Ley foral navarra 6/1990 -, e, posteriormente no cenário nacional – artigo 106 da Ley 30/1992 (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) alterado pelo artigo 3.1⁷⁴ da Ley 4/1999.

Como ocorreu na Alemanha, o Direito Espanhol, após uma madura discussão no campo doutrinário e jurisprudencial, consagrou de forma literal (direito positivo) o princípio da proteção da confiança, o que ainda não ocorreu em outros ordenamentos jurídicos como o francês, britânico e português.

⁷¹ Vide GARCIA LUENGO, op. cit., 2002, pp. 47-48.

⁷² MAFFINI, op. cit, 2005, p. 88.

⁷³ Jesús González Pérez (op. cit, 2004, p. 61) transcreve o referido artigo: “La Comunidad foral de Navarra organiza su Administración local conforme a lo dispuesto en esta Ley foral, de acuerdo con los principios de autonomía, participación, desconcentración, eficacia y coordinación en la gestión de los intereses públicos para la consecución por ésta de *la confianza de los ciudadanos.*” (itálicos nosso)

⁷⁴ Tal artigo tinha a seguinte redação: “Artículo 3. Principios generales. 1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, *deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.*” (sem itálicos no original)

No Direito Francês a aplicação do princípio da proteção da confiança ainda é tímida, mas tal quadro tende a mudar pela forte influência exercida pelo Direito Comunitário.

Neste sentido, Rafael Maffini, se valendo das lições de Castillo Blanco, adverte que naquele ordenamento jurídico o princípio sob análise tende a ter maior reconhecimento e operatividade “seja na valoração dos danos causados, seja na própria configuração da responsabilidade, seja na repercussão indenizatória quanto à frustração de promessas formais e práticas reiteradas pela Administração Pública”⁷⁵ que frustrarem expectativas legítimas dos administrados.

Embora possua feição própria, na França o princípio da proteção à confiança vem sendo tratado com a mesma feição do *direito adquirido*, o que demonstra uma parca evolução de seu conteúdo e aplicação. E, no que se refere a este último elemento (aplicação) tem figurado de duas formas: previsibilidade e estabilidade de situações do administrado geradas por ato estatal e responsabilidade deste último (Estado) diante do desapontamento das expectativas criadas ao administrado.

O principal campo de incidência deste princípio no Direito Francês recairia sobre os atos administrativos de efeitos concretos (restrição à extinção dos atos), publicidade e irretroatividade dos efeitos dos atos administrativos (aproximação à feição objetiva do princípio da segurança jurídica).

No que se refere à tensão entre o princípio da proteção da confiança e o princípio da legalidade no trato judicial francês tem-se como precursor da discussão o caso *Dame Cachet*, datado de 1923, que decidiu pela impossibilidade de auto-revogação pela Administração Pública de atos que gerassem efeitos subjetivos aos administrados e que tais atos só poderiam ser revogados por recurso contencioso no mesmo prazo que dispunham os administrados – dois meses. Entendimento este que foi confirmado em 1923 (nos casos *Vallois* e *Gros de Beles*), bem como em 1925 (caso *Dame Inglis*).

Em que pese não atingir no Direito Francês a mesma feição e maturidade dos Direitos Alemão e Espanhol, não se pode depreciar o sentido e aplicação do princípio da proteção da confiança naquele sistema jurídico, em especial no que concerne à extinção de atos administrativos tidos como viciados, já que, como adverte Maffini⁷⁶, com amparo em Jean Rivero, após decorrido o exíguo prazo de dois meses do ato administrativo a jurisprudência atribui maior peso ao princípio da segurança jurídica na ponderação com o princípio da legalidade.

⁷⁵ MAFFINI, op. cit., 2005, p. 93.

⁷⁶ MAFFINI, op. cit., 2005, p. 93.

No que se refere ao Direito Britânico, por ser este sustentado na Common Law, o surgimento e evolução do princípio da proteção da confiança legítima (*Legitimate Expectations*, no inglês) foi construído de forma pretoriana.

Apareceu pela primeira vez em 1969 no julgamento do caso *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* que tinha em discussão o pedido de um estudante estrangeiro que buscava a permanência no Reino Unido, já que matriculado no *Hubbard College of Scientology*. Ocorre que vigorava naquela época a *Aliens Order 1953* que permitia a permanência no país de alunos estrangeiros que estivessem matriculados em estabelecimentos de ensino reconhecidos, mas a escola em que o estrangeiro estava matriculado teve sua licença cassada, tendo este então requerido a permanência com base no argumento de que não lhe fora oferecida a oportunidade de manifestar-se acerca da revogação da licença da escola.

O julgador do caso, Lord Denning, entendeu que só poderia o estudante estrangeiro se manifestar se tivesse alguma *expectativa legítima*.

Conforme a doutrina de David Wright⁷⁷, outros casos surgiram, mas no Direito Inglês se mostra tímida a proteção da confiança legítima, ainda mais pela tradição do direito administrativo deste país de mínima intervenção jurisdicional nos atos da administração pública.

Sendo assim, a proteção da confiança neste ordenamento é meramente procedimental – direito de ser ouvido, em alguns casos, quando o ato lhe frustra legítima expectativa de direito.

No que se refere ao Direito Português, na década de 90, o Tribunal Constitucional daquele país (TCP) deu densidade ao princípio da proteção da confiança ao adotar uma fórmula de aplicação para este, na decisão proferida no Acórdão n.º 287/90, julgamento em 30/10/1990, que foi repetida por diversos julgamentos seguintes.

No fundamento 28 da referida decisão o Tribunal entendeu que o princípio da proteção da confiança será fundamento autônomo de censura constitucional quando uma lei: I) operar mudança na ordem jurídica que afeta de forma desfavorável as expectativas de seus destinatários; II) quando estes não podiam, razoavelmente, prever tal alteração; e III) quando

⁷⁷ WRIGHT, David. *Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law*, 35 (1) Osgoode Hall L. J. 139 (1997). Disponível em: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/charting-the-wrong-course-the-doctrine-of-legitimate-expectations-in-investment-treaty-law-pdf-492kb-70639.pdf>. Consulta em 22 de julho 2015.

a alteração não foi realizada com o objetivo de resguardar direitos e interesses constitucionalmente protegidos e prevalentes sobre aqueles frustrados.⁷⁸

Destacou ainda o Tribunal (TCP) que a afetação das expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos, para fins de aplicação do princípio da proteção da confiança, deveria ser “inadmissível, arbitrária e demasiado onerosa”.⁷⁹

Portanto, o Tribunal vê tal princípio como método de ponderação de peso de dois valores – de um lado a expectativa dos cidadãos na continuidade do Direito e do outro as razões do interesse público que justificam alteração, ou não continuidade, da legislação – como se pode aferir da análise do critério do item “b”⁸⁰ do fundamento 28 daquela decisão.

Atualmente o Tribunal tem adotado uma outra fórmula para que haja a tutela jusfundamental do princípio da confiança, que consiste em verificar: I) primeiramente, se a conduta do Estado (a decisão trata do Estado Legislador) gera nos administrados expectativas de continuidade; II) em seguida deve-se aferir se tais expectativas são legítimas, justificadas ou fundadas em boas razões; III) depois deve-se aferir se os administrados fizeram planos de vida com base na continuidade do comportamento estatal; e IV) por fim, que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a mutação do comportamento que gerou a situação de expectativa.⁸¹

Pode-se extrair do acima exposto que no ordenamento jurídico português, em especial no âmbito jurisprudencial, o princípio da proteção da confiança tem ganhado contornos de ordem formal ou instrumental que indica como os Tribunais devem resolver colisões que eventualmente surjam entre bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Após esta breve exposição acerca do surgimento e desenvolvimento da proteção da confiança em alguns sistemas jurídicos alienígenas, passamos para a análise deste como princípio constitucional de nosso ordenamento jurídico.

⁷⁸ Integra da decisão disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900287.html>, em 23 julho de 2015.

⁷⁹ Conforme fundamento 28 da referida decisão: “Sendo certo que o artigo 106.º da Lei n.º 38/87 afecta ‘expectativas legitimamente fundadas’ dos cidadãos, o que resta averiguar é se tal afectação é inadmissível, arbitrária ou demasiadamente onerosa.”

⁸⁰ “b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão).”

⁸¹ Conforme fundamento 8.2 do Acórdão n.º 128/2009 do Tribunal Constitucional Português, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, em 23 de julho de 2015.

2.5 Acolhimento da proteção da confiança como princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro

A segurança jurídica é um dos temas mais importantes no Direito e sua trajetória até atingir o status de princípio constitucional, apesar de não ter sido fácil, passa pela influência teórica desenvolvida no Direito alienígena, sobretudo na aplicação deste, e na necessária tutela da confiança depositada pelos titulares do poder (povo) na atuação do Estado.

A construção do princípio da proteção substancial da confiança no sistema constitucional pátrio pode ser extraído da dedução dos princípios do Estado de Direito (sobrep princípio explícito no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988)⁸², da segurança jurídica *lato sensu* (subprincípio do Estado de Direito que relaciona-se com a previsibilidade e a irretroatividade dos atos estatais previstos no inciso XXXVI do art. 5º da CF/88, além, por exemplo da irretroatividade e anterioridade tributária).

Não se pode negar também a aquisição do caráter constitucional pela estreita relação que este princípio tem com o *dever* da Administração Pública de agir conforme os preceitos de boa-fé e moralidade (conforme caput do art. 37 da CF/88).

É o princípio da proteção da confiança, portanto, a feição substancial (ou subjetiva) do princípio da segurança jurídica, atuando como direito do cidadão de não ver suas legítimas expectativas frustrada por ato, procedimentos e condutas do Estado, a fim de proteger a confiança dos cidadãos - consequentemente o *status quo* gerado a partir desta confiança – gerada pela “aparente legitimidade” do ato emanado do Poder Público.

Sendo qualificada como princípio na maioria da doutrina já referida nos parágrafos supra, a proteção à confiança se traduz em mandamento de otimização a ser aplicado na maior medida possível pelo Estado em suas variadas funções e, principalmente pelo Poder Judiciário na análise dos casos concretos.

Na doutrina brasileira quem inaugurou a discussão acerca da proteção da confiança como princípio constitucional, mesmo antes do advento da Magna Carta de 1988,

⁸² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

foi Almiro do Couto e Silva, em 1987⁸³. Tendo se dedicado ao estudo do tema de forma mais detalhada na primeira década do presente século juntamente com outros autores como Judith Martins-Costa⁸⁴, Rafael da Cás Mafini⁸⁵, dentre outros.

Couto e Silva⁸⁶ destaca que a confiança como feição subjetiva da segurança jurídica, após seu nascedouro na década de 50 do século passado na jurisprudência alemã, atingiu neste Tribunal o *status* de princípio constitucional e contagiou os demais sistemas jurídicos da União Européia e também o nosso na década de 70, sendo que sua positivação infraconstitucional se deu no final da década de 90, sob a terminologia de “segurança jurídica”, mas querendo manifestar o caráter subjetivo deste princípio (proteção à confiança).

Sobre a positivação da proteção da confiança no sistema jurídico infraconstitucional brasileiro este autor, justificando que há confusão terminológica – emprego do termo “segurança jurídica” quando se deveria empregar “proteção da confiança” –, ressalta que:

Só nos últimos anos é que a legislação da União, designadamente pelas Leis n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (arts. 2.º e 54); 9.868, de 10 de novembro de 1999 (art. 27) e 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (art. 11), que dispõem, respectivamente, sobre o processo administrativo da União, a ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, referiram-se à segurança jurídica, quer como princípio geral da Administração Pública, de matriz constitucional, a justificar a permanência no mundo jurídico de atos administrativos inválidos, quer como valor constitucional a ser ponderado, em determinadas circunstâncias, em cotejo com os princípios da supremacia da Constituição e da nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional.⁸⁷

No âmbito da jurisprudência brasileira, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento do princípio da proteção da confiança foi posterior, como veremos a seguir, e até o presente momento apresenta imprecisão terminológica.

Couto e Silva refere, em artigo que tem o princípio da proteção à confiança como objeto, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tratou este princípio primeiramente no Mandado de Segurança n.º 2.900/RS (julgado em 08/03/2003, 2ª Turma, Relator Min. Gilmar

⁸³ Vide COUTO e SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987.

⁸⁴ Vide MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, n. 27, out./dez. 2004.

⁸⁵ Vide MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

⁸⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Op. cit. 2005, pp. 7-9.

⁸⁷ COUTO E SILVA, op. cit., 2005, p. 9.

Mendes), no Informativo n.º 231 (MS 24.268/MG, julgado em 15/03/2004, Relator Min. Gilmar Mendes) e no Informativo n.º 343 (MS 22.357/DF, julgado em 24/05/2004, também de relatoria do Min. Gilmar Mendes), ao garantirem valor constitucional ao princípio da segurança jurídica, em sua feição subjetiva, como subprincípio do princípio do Estado de Direito.⁸⁸

São inegáveis as contribuições do Min. Gilmar Mendes para aclarar a noção do sentido subjetivo da segurança jurídica – proteção da confiança – ao proferir voto nos três julgados acima referidos e, principalmente, em decisão liminar proferida no primeiro deles (Mandado de Segurança 2.900/RS).

Nesta esteira, Judith Martins-Consta refere que este julgado foi fundamental no reconhecimento da proteção à confiança como princípio constitucional, re-significando o princípio da segurança jurídica a fim de atender as necessidades de proteção, num Estado contemporâneo, do dinamismo dos anseios da sociedade.

Vale transcrever a exposição da autora. Senão, vejamos:

Sem desmerecer a significação da segurança jurídica como estabilidade ou fixidez jurídica, a decisão do Supremo Tribunal que motiva estas notas sinaliza, contudo, também uma outra significação para aquele antigo princípio. Faz o trânsito do peso mais significativo no arco do princípio da segurança da legalidade estrita para a proteção da confiança, permeando-o com um viés de dinamismo. Traça inter-relações entre a confiança e outros princípios, notadamente com os princípios e direitos fundamentais da personalidade humana. Indica que, por vezes, a confiança carece de *ação* (e não de abstenção), sob pena de ser afrontado o valor “justiça”. É esse o conteúdo da re-significação que antes acentuei devida, no Brasil, à doutrina de Almiro do Couto e Silva.⁸⁹

Atualmente, ao realizarmos consulta no sítio eletrônico do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no campo de pesquisa de jurisprudência, surgiram 65 acórdãos, 20 decisões da presidência, 1 questão de ordem e 54 informativos que possuem o termo “proteção à confiança”, principalmente nos âmbitos dos Direitos Administrativo e Tributário.

Numa análise mais acurada de alguns destes precedentes, podemos perceber que o Egrégio STF em algumas de suas decisões traz de forma expressa o princípio da proteção substancial da confiança.

⁸⁸ Ibid., p. 9-10.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 114.

Para comprovar a afirmação acima, segue parte da ementa do julgamento do Mandado de Segurança n.º 28.494/MT, Relator Min. Luiz Fuz, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, que trata de norma posterior que ofende aos princípios da irretroatividade, segurança jurídica e proteção da confiança. *Verbis*:

[...] O princípio da irretroatividade das normas e da segurança jurídica, na sua dimensão subjetiva densificada pelo princípio da proteção da confiança, veda que norma posterior que fixe critérios de desempate entre magistrados produza efeitos retroativos capazes de desconstituir uma lista de antiguidade já publicada e em vigor por vários anos. (sublinhados nossos)

Ainda, na jurisprudência do STF há precedentes que reconhecem o princípio com a terminologia de “princípio da proteção da confiança legítima” (Recurso Extraordinário n.º 608.482/RN, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 07/08/2014).

O Min. Celso de Mello em voto proferido no julgamento do ARE n.º 709.212, julgado pelo pleno do STF em 13/11/2014, Relator Min. Gilmar Mendes, reconhece de forma expressa o princípio da proteção substancial da confiança quando argumenta que mesmo os atos emanados pela Suprema Corte devem respeitar a confiança que lhe foi depositada pelo cidadão quando há ruptura de paradigma do próprio Tribunal.

Cumpra aqui colacionar os argumentos do eminente Ministro.

Cabe relembrar, por oportuno, que esta Suprema Corte, tendo em vista as múltiplas funções inerentes à jurisprudência – tais como a de conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por elas abrangidas, a de atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, a de gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e a de preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado –, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência derivada da ruptura de paradigma, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios que venham a ser consagrados pelo Supremo Tribunal Federal.

No âmbito jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça o reconhecimento do princípio da proteção da confiança seguiu a mesma trajetória do Supremo Tribunal Federal, em que pese, por vezes, não haver referência textual a tal princípio, mas estar este presente no conteúdo das decisões.

Rafael Maffini aponta como *leading case* envolvendo o princípio da proteção da confiança no STJ o julgamento do Recurso Especial n.º 6.518/RJ, Primeira Turma, Rel. Min.

Humberto Gomes de Barros, julgado em 19/08/1991, que tratava de candidata que no ato da inscrição em concurso público não possuía a idade mínima necessária, porém, no momento da posse já possuía tal requisito.

A autoridade administrativa negou-lhe a nomeação o que foi revertido pelo STJ sob a justificativa de que “é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que ele se coloque em harmonia com os princípios da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito” quando da avaliação da nulidade do ato administrativo que frustrem a confiança depositada pelo particular em sua validade.

Diversos outros precedentes do STJ já reconheciam a proteção da confiança como princípio constitucional, principalmente no âmbito do Direito Administrativo⁹⁰, do Direito Tributário⁹¹.

Atualmente, o princípio pode ser extraído da análise de diversos julgados deste Egrégio Superior Tribunal adotando a terminologia própria (proteção da confiança) ou sob a denominação de segurança jurídica ou boa-fé.⁹²

No que se refere à jurisprudência dos tribunais estaduais, pontualmente, analisaremos algumas delas no último capítulo deste trabalho, não para demonstrar o status constitucional que atingiu o princípio da proteção substancial da confiança, já que entendemos que as decisões dos Tribunais Superiores lhe fornece este suporte, mas como reforço do caráter instrumental deste princípio.

⁹⁰ STJ, MS 4288/DF, Rel. Min. William Patterson, Terceira Seção, julgado em 12/06/1996.

⁹¹ STJ, Resp. 1073/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Rel. para Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 18/12/1991.

⁹² Neste sentido: “[...] não é possível desconsiderar a boa-fé do servidor, associada a proteção da confiança legítima do autor no ato administrativo. [...] Esta Corte reconhece a aplicação a boa-fé do administrado quando ato de iniciativa da própria Administração, decorrente interpretação equivocada da lei ou dos fatos, garante ao servidor determinada condição jurídica ou vantagem pecuniária, uma vez que cria-se uma falsa expectativa de que o ato administrativo é legal e definitivo. (RMS n.º 44.257/BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 01/07/2015)”; “[...] há fatores excepcionais que inibem a atuação da Administração tendente a corrigir o ato imperfeito. Essas hipóteses extraordinárias são marcadas pelas notas fundamentais da segurança jurídica e proteção da boa-fé e visam precipuamente a assegurar estabilidade jurídica aos administrados e a impedir que situações já consolidadas sem qualquer indício de conduta capciosa do beneficiário possam vir a ser objeto de releitura - o que, diga-se, em casos mais extremos decorre de reprováveis personalismos e subjetivismos. (MS 16.141/DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 25/05/2011)”; “[...] Prestigia-se o primado da confiança, assente no §242, Código Civil alemão, e constante do ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral que ultrapassa os limites do Código Civil (arts.113, 187 c/c art.422) e que influencia na interpretação do Direito Público, a ele chegando como subprincípio derivado da moralidade administrativa. Ao caso aplica-se o que a doutrina alemã consagrou como ‘pretensão à proteção’ (*Schutzanspruch*) que serve de fundamento à manutenção do acórdão recorrido. Recurso especial improvido, prejudicado o agravo regimental. (REsp 944.325/RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21/11/2008)”

Não restam dúvidas, portanto, que a dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) tem reconhecimento na doutrina, no direito positivo e na jurisprudência do nosso país, como já admitia Couto e Silva em 2005:

O princípio da segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, está hoje reconhecido na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como princípio de valor constitucional, imanente ao princípio do Estado de Direito, e que serve de limite à invalidação, pela Administração Pública, dos seus atos administrativos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Como princípio de natureza constitucional aplica-se à União Federal, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e as entidades que integram as respectivas Administrações Indiretas.⁹³

Mesmo que não haja um preceito constitucional que expressamente reconheça o princípio da proteção substancial da confiança, este porta elementos essenciais e mediatos do princípio do Estado de Direito podendo ser fundamentado no próprio artigo 1º da Constituição Federal de 1988.⁹⁴

Não se pode negar que a construção deste princípio no Brasil partiu e foi desenvolvido pela jurisprudência e, diferente de países como a Alemanha, França, Espanha e Portugal, nos quais foi gestado em berço pretoriano e apresenta elevado desenvolvimento teórico, ainda encontra-se em estágio inicial de evolução. Mas, em pouco mais de duas décadas ele se mostra presente e pode evoluir ainda mais na proteção dos cidadãos, sendo importante analisarmos em seguida os requisitos de aplicação e eficácia deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

2.6 Requisitos de aplicação e eficácia do princípio da proteção substancial da confiança no ordenamento jurídico pátrio

Inicialmente cumpre aqui salientar, para que não surjam dúvidas terminológicas, que os termos “segurança jurídica subjetiva”, “proteção da confiança”, “proteção da confiança legítima” serão utilizados como sinônimos ao termo “proteção substancial da confiança”.⁹⁵

⁹³ COUTO E SILVA, op. cit., 2005, p. 47.

⁹⁴ Segundo Judith Martins Costa “A confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por meio de seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito.” (MARTINS-COSTA, op. cit., 2004, p. 16)

⁹⁵ Não se trata de preciosismo terminológico, mas pelo fato do sentido de aplicação ter diferentes tratamentos em ordenamentos jurídicos alienígenas quando dizem respeito ao mesmo princípio.

Quando tratamos aqui de requisitos de aplicação nos referimos à função jurisdicional.

Vale aqui registrar que, dentre as funções do Estado (legislar, administrar e julgar) o princípio da proteção substancial da confiança, de forma mais técnica, se dirige primariamente às atividades do Poder Executivo e Judiciário, pois nos atos emanados destes poderes é possível identificar de forma mais específica, a partir da aplicação do princípio aos casos concretos, situações subjetivas de desapontamentos baseados em legítimas expectativas dos administrados. Nestes casos, apesar de por vezes os atos produzirem efeitos gerais e abstratos, em sua grande maioria são específicos e pessoais.

Os atos emanados do Poder Legislativo, não visam aplicação do Direito a casos específicos, ao menos em tese, e sim inovar a ordem jurídica através de normas com caráter abstrato e geral. Assim, o princípio da proteção substancial da confiança se dirige aos atos emanados do Poder Legislativo de forma secundária, já que a função precípua deste poder – legislar – afina-se de forma mais direta aos valores da segurança jurídica em sua feição objetiva (irretroatividade da lei desfavorável, direito adquirido, preocupação com regras transitórias, ato jurídico perfeito, etc).⁹⁶

Cumpre ressaltar que o princípio em comento (proteção da confiança) teve sua origem, como já visto acima (item “2.4”), na jurisprudência alemã e as linhas traçadas neste Tribunal influenciaram sua compreensão e desenvolvimento também na jurisprudência brasileira, na qual ele é visto, ao menos primariamente, como método de ponderação⁹⁷, “é antes um princípio de ordem formal ou instrumental, que nos indica como é que devemos resolver colisões que eventualmente surjam entre bens constitucionais de valor equivalente”⁹⁸.

Por terem origem na doutrina e jurisprudência alienígena, em especial a alemã, os requisitos de aplicação do princípio da proteção substancial da confiança no Brasil ainda apresentam construção bastante incipiente e carecem de maior amadurecimento pela doutrina e jurisprudência.

⁹⁶ Luís Roberto Barroso ensina que “A proteção da confiança ou das expectativas legítimas, assim como a boa-fé, são princípios que se dirigem, primariamente, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Compete a tais órgãos aplicarem o direito aos casos concretos e, nesse ofício, devem atuar com certa constância de previsibilidade, já que lhes cabe preservar a ordem jurídica existente e assegurar a isonomia perante a lei. Nem mesmo o legislador poderá ser totalmente indiferente a tais princípios constitucionais. [...]” (BARROSO, Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.2, abr/jun 2006, p. 277-278.

⁹⁷ Trabalharemos a ponderação no último capítulo da presente dissertação.

⁹⁸ AMARAL, Maria Lúcia. *O tempo e a proteção da confiança*. V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público, janeiro de 2012 / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; org. Carla Amado Gomes. Lisboa: Alameda, 2012, p. 26

Uma aplicação de forma alargada e irrestrita deste princípio poderia conduzir a seu enfraquecimento, sendo imperiosa a delimitação de seu campo de aplicação (operatividade) jurisdicional. Assim, ainda em 2008 o Min. Humberto Martins, em que pese ter utilizado terminologia equivocada (“expectativas legítimas das partes e da boa-fé objetiva”) destacou a excepcionalidade e enumerou critérios para a aplicação do princípio da proteção da confiança nos casos concretos.⁹⁹

Extraí-se da decisão do Min. Humberto Martins e da influência da doutrina alemã, de forma sistematizada, os seguintes requisitos de aplicação da proteção da confiança legítima: I) base de confiança; II) confiança; III) exercício da confiança; IV) frustração da confiança. Como se pode perceber da análise de obras de inúmeros autores dedicados ao tema, dentre eles alguns já citados na presente dissertação como Humberto Ávila, Almiro do Couto e Silva, Judith Martins-Costa e Rafael da Cás Maffini. Mas, cumpre desde já ressaltar que estabelecer requisitos para aplicação deste princípio pode ser uma forma perigosa de restringir sua utilização, já que cada caso concreto pode estabelecer os contornos necessários para sua fundamentação e operatividade.

De qualquer sorte, por hora utilizaremos, para fins meramente elucidativos – seria pretensioso aqui enumerar todos os requisitos de aplicação do princípio por se tratar de matéria em recente construção e por depender da análise de cada caso concreto - as lições de Humberto Ávila¹⁰⁰ acerca da operatividade do princípio da proteção substancial da confiança.

Sendo assim, a *base da confiança* é a conduta estatal (geral e abstrata ou individual e concreta) que serviram de alicerce para a conduta (ação ou omissão) do cidadão.

Steinmetz, com base em Humberto Ávila, entende que “a base da confiança conhecível consiste nas normas – geral e abstrata ou individual e concreta - que serviram de referência para a ação ou omissão individual”¹⁰¹.

Couto e Silva em artigo publicado em 1982¹⁰² já advertia que até as promessas estatais, quando exteriorizadas de modo concreto e firme, podem ser tidas como aptas a gerar

⁹⁹ Cumpre aqui colacionar a ementa da decisão: PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E CARÁTER PARTICULAR DESTA DECISÃO. O Direito contemporâneo leva em conta as expectativas legítimas das partes e da boa-fé objetiva. É óbvio que a solução aqui exposta não pode ser aplicada a todos os casos. Há de ser vista *modus in rebus*, com ponderação e prudência, sem qualquer vocação a se projetar como um precedente aspirante à universalidade. Veda-se a cobrança dos valores recebidos de boa-fé pela recorrida neste caso e presentes as circunstâncias dos autos. O sacrifício ora realizado em detrimento da segurança jurídica, mas em favor da Justiça, é tópico e excepcional. (STJ, REsp n.º 944.325/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 04/11/2008). Sublinhados nossos

¹⁰⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 360-368.

¹⁰¹ STEINMETZ, op. cit., 2014, p. 310.

um direito subjetivo aos administrados. Mas, vale destacar que o ato estatal para servir de base de confiança deve apresentar idoneidade suficiente para criar no destinatário, num caso concreto determinado, uma situação digna de confiança e, sobretudo, de tutela desta confiança.

Valter Schuenquener de Araújo, partindo da análise da doutrina alemã, salienta que a qualidade, quantidade e clareza da informação, bem como o nível de instrução do particular, são requisitos importantes para verificar na intenção estatal, base de confiança ou mera esperança.¹⁰³

Não há, portanto, uma fórmula eficaz para dar sentido objetivo à base da confiança, por se tratar de elemento substancial que depende do caso concreto, que podem ou não merecer tutela jurídica, dependendo de uma ponderação sobre a clareza e qualidade da informação presente no ato estatal, seja ele geral e abstrato, individual e concreto, legítimo ou não, e sobre o nível de instrução do particular.

O segundo critério se trata da *confiança* propriamente dita, é a própria confiança que se traduz no sentimento íntimo daquele que de fato crê em alguma coisa. Que no dicionário da língua portuguesa¹⁰⁴ tem como significado a coragem proveniente da convicção, a fé que se deposita, a crença, a esperança firme, etc.

Porém, não se trata de qualquer confiança, mas sim aquela protegida constitucionalmente, digna de tutela jurídica e gerada por ato estatal que rompeu a estabilidade de determinada situação jurídica do cidadão, tendo este último decidido (ação ou omissão) partindo da expectativa depositada na ação estatal.

Assim, o requisito da confiança envolve o aspecto subjetivo do princípio da proteção da confiança.

O terceiro requisito – *exercício da confiança* – diz respeito à necessidade de exteriorização da confiança, tendo em vista a dificuldade de comprovação desta (aspecto subjetivo, estado psíquico), de comportamento específico do qual se possa extrair elementos de comprovação do estado psíquico do particular em agir em função da confiança depositada na validade do ato estatal.

Este requisito exige que o cidadão tenha colocado em prática (*ins Werk gesetzt*) a sua confiança.

¹⁰² COUTO E SILVA, Almiro do. *Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 63 jul./set. 1982. p. 34.

¹⁰³ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009, p. 89.

¹⁰⁴ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Fonte: <http://www.priberam.pt/dlpo/confian%C3%A7a>, consulta em 27 de julho de 2015.

Em julgamento datado de 1976, o STJ, mesmo que não tenha se utilizado do termo “proteção da confiança”, na análise de questão que discutia a revogação de licença de construção, utilizou-se dos argumentos da necessidade do *exercício da confiança* (necessidade de início da construção) para a análise da manutenção do ato administrativo.¹⁰⁵

Tal decisão, contudo, é passível de críticas.

Não se pode conceber que para a aplicação do princípio da proteção à confiança naquele caso concreto seja necessário o início das obras para demonstrar o exercício da confiança. Até porque o mero início da edificação não quer dizer que o particular já não tenha exercido atos de exteriorização da confiança, como por exemplo a contratação de profissionais para elaboração de projeto e execução, a busca de financiamento público ou privado para a construção, dentre outros.

A existência de atos concretos¹⁰⁶, em especial aqueles que envolvem investimentos patrimoniais, não pode ser visto como pré-requisitos (ou óbices intransponíveis) para a proteção das expectativas legítimas depositadas nos atos estatais, mas sim como indício forte de exercício da confiança a ensejar a aplicação do princípio da proteção substancial da confiança.¹⁰⁷

Utilizando a mesma argumentação para aplicação do princípio da proteção da confiança do requisito acima exposto - “confiança” -, também este requisito de aplicação – “exercício da confiança” – dependerá da análise casuística, uma vez que nem todos os atos de exteriorização da confiança envolverão gastos patrimoniais concretos.

O quarto requisito – *frustração da confiança* -, relaciona-se diretamente com a frustração da confiança do administrado em ato pregresso (ato anterior cujas expectativas foram depositadas) por conduta atual do Estado que o alterou. É o conflito entre duas manifestações volitivas estatais (por atos emanados de qualquer dos três poderes) que poderá gerar frustração da confiança em uma delas.

Caso a manifestação posterior for benéfica ao cidadão, por óbvio não haverá que se falar em tutela da confiança legítima por não haver frustração e sim superação de expectativas no ato estatal. Entretanto, via de regra, o ato estatal posterior apresenta conflito

¹⁰⁵ RE 85.002/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 03/12/1976.

¹⁰⁶ Conforme lições de Judith Martins-Costa “diferentemente da segurança jurídica, que se põe como um fundamento quase que axiomático, geral e abstratamente perceptível, a confiança só é avaliável na concretude das circunstâncias” (MARTINS-COSTA, op. cit., 2004, p. 15)

¹⁰⁷ Segundo Araújo “O exercício da confiança por meio de medidas patrimoniais concretas é um ingrediente a ser considerado na ponderação exigida para a solução de conflitos envolvendo a aplicação do princípio da proteção da confiança. No entanto, sua ausência não deve ser encarada como um obstáculo intransponível para a tutela de expectativas legítimas.” (ARAÚJO, op. cit., 2009, p. 102)

com o anterior e tal natureza conflitiva pode resultar em legítimos desapontamentos dignos de tutela jurídica.

Não se trata, todavia, de qualquer frustração e sim daquela que, concretamente, importe em obstáculo ao cidadão na fruição de seus direitos.

Acerca da eficácia do princípio da proteção substancial da confiança há de se distinguir quando este impõe ao Estado uma atitude positiva (dever de ação) ou uma atitude negativa (dever de abstenção).

Judith Martins-Costa destaca que o princípio da proteção da confiança visa resguardar de forma primária o *dever* do Estado de abster-se de realizar mutações que atinjam direitos subjetivos dos cidadãos para mitigá-los ou revogá-los. É o que podemos concluir das passagens abaixo.

[...] ação da Administração Pública para realizar ou resguardar o valor “segurança jurídica” e proteger a confiança é quase uma não-ação, constituindo, a rigor, um dever de abstenção: não atingir o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito; não bulir com situações abrangidas pelo manto protetor da prescrição, decadência ou preclusão; não modificar a prática há longo tempo seguida, se a mudança vier em prejuízo do administrado; não mudar bruscamente as formas jurídicas, que são a garantia da estabilidade; não revogar ou anular, em certas situações, atos administrativos que tenham produzido efeitos na esfera jurídica de terceiros; [...] ¹⁰⁸

Entretanto, diante da atual conjuntura social, pela qual não compete ao Estado apenas o papel de mínima intervenção na esfera privada (Estado Liberal), mas sim de promover o bem-estar dos cidadãos (Estado Providência/Estado de Bem-estar Social/Estado Ambiental/Estado Socioambiental) em todas as esferas de poder, o princípio da proteção da confiança deve ser analisado também sob a ótica de sua eficácia positiva, a estabelecer *deveres positivos* à Administração Pública na promoção dos direitos fundamentais e realização da justiça social.

Nesta esteira:

[...] a Administração deve não apenas resguardar as situações de confiança traduzidas na boa-fé (crença) dos cidadãos na legitimidade dos atos administrativos ou na regularidade de certa conduta; deve também agir segundo impõe a boa-fé, considerada como norma de conduta, produtora de comportamentos ativos e positivos de proteção. ¹⁰⁹

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., 2004, p. 14.

¹⁰⁹ Ibid., p. 14.

O princípio da proteção da confiança não deve ser visto com a lupa do Estado Liberal, mas com os olhos do Estado Democrático de Direito, que se traduz em “estado de confiança”, já que a confiança se constitui em “fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito”.¹¹⁰

Portanto, sendo o princípio em discussão antes do mais e sobretudo um princípio de ordem formal ou material (um método de ponderação), que nos fornece caminhos para resolvermos colisões que eventualmente surjam entre bens constitucionais de valor equivalente, sua análise encontra ainda mais sentido no campo jurisprudencial.

E neste campo sua eficácia poderá ganhar contornos a fim de tutelar a confiança legítima do cidadão no ato estatal através da modulação dos efeitos das decisões judiciais. Tema que será discutido neste trabalho em momento oportuno.

Neste primeiro capítulo trouxemos, em linhas gerais, a construção epistemológica e dogmática do princípio da proteção substancial da confiança, sua recepção e desenvolvimento em alguns ordenamentos jurídicos alienígenas, sobretudo no campo jurisprudencial, bem como sua inserção no ordenamento jurídico pátrio em âmbito doutrinário, legislativo e jurisprudencial como princípio constitucional.

Tratamos também do campo operativo (ou de aplicação) deste princípio como método de ponderação na solução entre tensão de valores constitucionalmente protegidos, sem a pretensão se esgotar o tema já que tais situações serão melhor analisadas no desfecho desta dissertação.

No próximo capítulo, então, trataremos dos *deveres* fundamentais do Estado (Democrático de Direito ou Ambiental ou, ainda, Socioambiental) na tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito transindividual insculpido na regra do art. 225 da CF/88 e elevado à categoria de princípio, sobretudo através da política pública do licenciamento ambiental. E, por fim, verificaremos, a partir da hermenêutica jurídica, quais valores devem prevalecer nas decisões judiciais quando em tensão os princípios da confiança e a proteção do equilíbrio ambiental.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., 2004, p. 16.

3 DEVERES FUNDAMENTAIS DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO AMBIENTAL

3.1 Estado de direito ambiental (ou socioambiental) brasileiro

Nas linhas acima, tratamos de forma sucinta, partindo de alguns teóricos do contratualismo – como Hobbes, Locke e Rousseau -, de alguns dos conceitos que servem como base para a construção teórica da formação do Estado político legítimo, bem como da proteção da confiança legítima e elevação desta à categoria de princípio constitucional pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De logo, cumpre referir que a formação e desenvolvimento de cada Estado não podem ser vistas como lineares e uniformes. Cada Estado se mostrará variável conforme “o momento histórico e a característica sócio-cultural de cada sociedade”¹¹¹ já que, ao menos em tese, o Estado social legítimo, sobretudo o democrático, deve ser dirigido pela vontade geral¹¹², visando sempre a conservação de todos e de cada um dos homens.

Ao adentrarmos no Século XX, as mutações advindas de movimentos sociais e outras causas de caráter político dão ensejo a um modelo estatal de base democrática. Ao passo que a sociedade se conecta a estrutura do Estado, este atua amplamente sobre a sociedade, num caminho de mão dupla que atribui a ambos direitos e deveres.

Não se trata aqui do Estado intervir na sociedade para fins únicos de manutenção da ordem pública, mas de atuar para garantir à sociedade e seus indivíduos condições básicas de vida a fim de minimizar as desigualdades geradas pela própria sociedade e pelo modelo econômico dominante, bem como para fornecer os serviços públicos básicos à vida com dignidade.

Diferente dos modelos de Estado Liberal e Estado Político do Século XIX, o Estado contemporâneo, para fins de desempenhar sua atividade prestacional, necessita ampliar de forma extraordinária seu aparato administrativo o que acarretou na maioria dos países, inclusive no Brasil, na ampliação da Administração Pública.

Mas a contemporaneidade tem demonstrado a incapacidade do Estado de desempenhar suas funções precípuas, fazendo com que este se distancie, mesmo que parcialmente, de determinados setores e serviços de reconhecido interesse público, diante de um cenário econômico globalizado e de uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.

¹¹¹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 177.

¹¹² ROUSSEAU, J-J. *Discurso sobre a economia política*. Tradução de Maria Constança Peres Pissarra. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 25

Tais setores e serviços vêm sendo ocupados, com o aval legislativo, por sujeitos, operadores privados e o mercado – este último cada vez mais mundial e integrado – cabendo ao Direito o papel de atuar no controle do poder destas instituições e coibir possíveis abusos.

José Esteve Pardo advertiu que:

Por supuesto que se mantienen muchas actividades, sujetas al Derecho administrativo, realizadas directamente por las Administraciones públicas o sujetos concesionarios ligados a ellas por una relación contractual. Pero em muchos e relevantes sectores públicos, son los sujetos y operadores privados los que han asumido el protagonismo sin vinculación contractual alguna com las Administraciones, ni operando tampoco em virtud de uma delegación suya.¹¹³

Neste novo contexto de reconfiguração das relações entre sociedade e Estado, este se redefina em sua forma de atuação e sua estrutura administrativa, não apenas agindo no sentido da realização de medidas prestacionais, mas visando garantir que determinados setores e serviços desempenhados por sujeitos privados preservem o interesse do corpo social.

Se os modelos de Estado Liberal e Estado Político do Século XIX deram lugar ao Estado Social de Direito do Século XX. Este último compreende elementos na atualidade para melhor se adequar aos riscos e anseios da sociedade contemporânea¹¹⁴, objetivando conciliar, além de direitos liberais e sociais, direitos que assegurem um meio ambiente equilibrado às presentes e futuras gerações.

Logo, o Estado de Direito contemporâneo, sobretudo nos países ocidentais, reúne num mesmo projeto jurídico-político direitos liberais, sociais e ecológicos com o fim de preservar o desenvolvimento tanto da comunidade estatal quanto da sociedade e indivíduos diante dos riscos e degradação socioambiental geradas pela evolução tecnológica, modelo econômico e padrões de consumo da contemporaneidade.

O Estado contemporâneo, portanto, tem como missão basilar o enfrentamento dos problemas sociais e ambientais, já que o projeto dos direitos sociais da modernidade deixou

¹¹³ PRADO, José Esteve. *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons. 2011, p. 52.

¹¹⁴ Ao tratar da segunda modernidade Beck (BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Básica, 2002, p. 51). Salienta que: “No atual estágio da civilização, o perigo converteu-se em passageiro clandestino inserido em produtos de consumo normal e que a conversão dos efeitos colaterais invisíveis da produção industrial em conflitos ecológicos globais críticos não é, em sentido estrito, um problema do mundo que nos rodeia, mas uma profunda crise institucional da primeira fase da modernidade industrial”. Já Bauman (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008) conceitua a sociedade atual como sendo uma sociedade de consumidores na qual ser cidadão é portar a identidade de consumidor de mercadorias, símbolos e modos de ser.

pelo meio do caminho a maior parte destes direitos e a preocupação com a proteção ambiental ao nível estatal se mostra relativamente nova.

A preocupação com a proteção normativa do meio ambiente é tema relativamente recente ao ser comparado com as normas protetivas dos direitos individuais.

Em junho de 1972 – importante marco internacional na preocupação e adoção de medidas em defesa do meio ambiente -, a celebração em Estocolmo, da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e a publicação do relatório do “Clube de Roma”, neste mesmo ano, já alertavam a opinião pública acerca dos problemas ecológicos causados pelo desenvolvimento econômico desenfreado e a finitude dos recursos naturais.

No ano de 1986 foi atribuída pela primeira vez à Comunidade Européia, através do Acto Único Europeu, que revisou o Tratado de Roma, competências para a proteção ambiental, com objetivos de estabelecer (art. 174, n.º 1): “a preservação, a proteção e a melhoria do ambiente”; “a proteção da saúde das pessoas” e “a utilização prudente e racional dos recursos naturais”.

Tal preocupação com a proteção ambiental influenciou os sistemas jurídicos internacionais¹¹⁵ e Estados, sendo que a Constituição Federal Brasileira de 1988 atribui (art. 225) ao meio ambiente o status de direito/dever fundamental às presentes e futuras gerações. Mesmo tendo a proteção ambiental sido tratada anteriormente em norma infraconstitucional (Lei n.º 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente).

A Constitucionalização do meio ambiente, promovida pela CF/88, que elevou o direito ambiental ao status de direito/dever fundamental¹¹⁶ intergeracional, exige que o Estado adote postura eficiente, efetiva e célere, para uma adequada proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por óbvio a proteção ambiental não está adstrita apenas à proteção Estatal, já que é de todos (Estado e particulares) o direito/dever de proteção, não sendo aceitável o paradigma do Estado Liberal (de mínima intervenção do Estado nas relações particulares) para a tutela do bem ambiental. Sendo, portanto, necessária uma nova postura Estatal,

¹¹⁵ Constituição da República portuguesa de 1976, Constituição da Alemanha Ocidental de 1949, emendada em 1976, Constituição da Espanha de 1978, Constituição Colombiana de 1991, reforma da Constituição Argentina de 1994, Constituição Sul-Africana de 1996, Constituição da Venezuela de 1999, Carta Constitucional do Meio Ambiente da França de 2005.

¹¹⁶ A norma insculpida no art. 225 da CF/1988, configura um complexo de posições jurídicas em relação ao Estado e ao indivíduo, Neste sentido: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. “O Direito Fundamental ao Ambiente e a Ponderação”. In: AUGUSTIN, Sérgio e STEINMETZ, Wilson (orgs). *Direito Constitucional do Ambiente*. Caxias do Sul: Educs, 2011, p. 55.

legislando, jurisdicionando ou aplicando políticas públicas que garantam a adequada preservação tanto do meio ambiente quanto dos indivíduos que dele fazem parte.

Esta nova postura Estatal visa enfrentar a situação gestada na sociedade industrial e que deixou e vem deixando cicatrizes na sociedade contemporânea. Em especial num modo de produção econômica permeada por elevados índices de degradação ambiental e social planetária e indiscriminada.

A euforia e otimismo do progresso econômico e da promessa de qualidade de vida presentes no discurso do capitalismo industrialista se traduzem hoje num complexo cenário de desigualdade social e crise ambiental, reclamando ajustes ao Estado no enfrentamento dos riscos ecológicos que, constantemente, fragilizam e ameaçam a existência digna da raça humana e conservação de um meio ambiente sadio.

Ademais, o cenário atual é marcado pelo elevado desenvolvimento do poder da técnica incrementado pela incerteza científica. A ciência, obra humana, é responsável por inegáveis e fabulosas transformações do nosso meio, entretanto esta se move pelo lamacento e imprevisível terreno da incerteza/probabilidade, estando nos dias atuais estreitamente ligada à técnica e à indústria e, por sua vez, estas últimas estão ligadas a grandes potências econômicas que atuam em nível global e possuem grande capacidade de transformação da natureza e da sociedade nos mais remotos cantos do planeta.

Diante dos avanços da ciência e dos riscos oriundos do progresso tecnológico por ela criados, principalmente a partir do século XIX, até o Leviatã de Hobbes se viu desorientado, conforme sinaliza José Esteve Pardo¹¹⁷.

O progresso técnico-científico é alheio aos riscos de seu próprio avanço. Riscos estes que não respeitam limites espaciais, temporais ou sociais, e que são “produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente”¹¹⁸, criando a necessidade de implementação de um modelo de governança de riscos, construído e contextualizado socialmente.

As necessidades criadas por tais elementos são determinantes para marcar a passagem do Estado Liberal ao Estado Social e deste para o Estado Socioambiental¹¹⁹, com a

¹¹⁷ PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 9-20.

¹¹⁸ GUIVANT, J. S.. *A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia*. Estudos Sociedade e Agricultura. Rio de Janeiro: n. 16, abril 2001, p. 95.

¹¹⁹ A preferência da utilização da expressão “Estado Socioambiental” no presente trabalho tem como fundamento o que Tiago Fensterseifer (FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 94) denomina a “necessária convergência das ‘agendas’ social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano”.

proteção de direitos de natureza transindividuais e intergeracionais, dentre eles o direito das presentes e futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O que não quer dizer que tal passagem gere uma ruptura ou marco zero¹²⁰ entre este ou aquele modelo estatal já que a evolução histórico-cultural social encontra-se em permanente construção – um caminho a ser percorrido e que conjuga conquistas do passado e projetos presentes que se voltam para a construção de um futuro.

A atual forma de organização estatal, para Canotilho¹²¹, leva em consideração as conquistas alcançadas ao longo da evolução histórica de reconhecimento de princípios e valores fundamentais, em especial nas dimensões da democracia, sociabilidade, juridicidade e sustentabilidade ambiental. Acrescentando este jurista que a melhor forma de, na contemporaneidade, fazer com que o Estado acolha tais princípios e valores, bem como paute sua conduta com respeito ao direito é o *Estado constitucional de Direito democrático e social ambientalmente sustentado*.

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira¹²² refere que “A transição para um Estado de Direito do Ambiente depende da reformulação dos aparatos jurídicos e institucionais, gerando um quadro mínimo de segurança e qualidade de vida”

A construção de um Estado Socioambiental passa por um processo dialético de conjugação de valores fundamentais (liberais, sociais e ambientais) conquistados ao longo da evolução histórico-cultural das sociedades e do percurso do Estado de Direito, constituindo um processo dinâmico constantemente voltado a buscar a consagração de novas dimensões de direitos, como é o caso dos direitos individuais, coletivos e intergeracionais ao meio ambiente equilibrado, mantendo àquelas já incorporadas.

Com esta preocupação, o constituinte de 1988 deu um passo decisivo na sistematização da proteção do meio ambiente sadio ao incorporá-lo na norma constitucional como garantia fundamental das presentes e futuras gerações, já que as Constituições brasileiras anteriores não deram nenhum destaque à preocupação com a proteção do equilíbrio ambiental, não se referiram diretamente sequer ao termo “meio ambiente” e não dedicaram a este, enquanto bem jurídico autônomo, o status de direito fundamental.

¹²⁰ Neste sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 18.

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos, nº 7. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998, p. 21-23.

¹²² SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014, p. 85.

A Constituição Brasileira de 1988 materializa o que hoje se denomina Estado Socioambiental de Direito ao, de forma pioneira no constitucionalismo nacional, dedicar capítulo próprio à proteção do meio ambiente (Capítulo VI) no título dedicado à ordem social (Título VIII) atribuindo direitos, mas também impondo deveres, ao Estado e à sociedade na proteção do equilíbrio ambiental, o que Antônio Herman Benjamin denominou como “ecologização da Constituição”¹²³.

Esta intrigante mutação da estrutura constitucional brasileira, com forte base na *onda de constitucionalização da tutela ambiental* – Grécia (1975), Portugal (1976), Espanha (1978) – que ocorreu a partir da Declaração de Estocolmo de 1972, converte a proteção ambiental ao status de direito/dever fundamental, com todas as características e benefícios, dentre os quais pode-se dar destaque a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CF/88), que caracterizam as normas fundamentais, abraçando o princípio da fraternidade (ou solidariedade) insculpido pela Revolução Francesa.

Tal princípio de solidariedade, consubstanciado em diversas passagens da norma constitucional (dentre eles o Preâmbulo, art. 3º, I e o art. 225, *caput*), transpõe para o plano jurídico-normativo a idéia de um Estado de Direito e sociedade voltados á defesa dos direitos fundamentais de todos os seus integrantes, incluído os cidadãos de diferentes Estados nacionais e as futuras gerações. A solidariedade, portanto, transcende então o campo da moral para se tornar princípio geral do ordenamento jurídico.

Acerca do princípio da solidariedade, ressalta Fensterseifer que tal princípio, no contexto social atual, “não opera de forma isolada no sistema normativo, mas atua juntamente com outros princípios e valores presentes na ordem jurídica”¹²⁴ e dá destaque especial a justiça social, a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial.

Na busca de preservar a dignidade do homem e o equilíbrio ambiental, o Estado Socioambiental de Direito, mediante o comando constitucional contido no artigo 225 da Carta Magna de 1988, aliado a outros princípios constitucionais, traduz direitos e deveres fundamentais que devem ser compartilhados entre o Estado e o corpo social, na proteção de um meio ambiente equilibrado para as gerações atuais e vindouras (solidariedade entre as presentes e futuras gerações), determinando os fins que devem ser perseguidos por ambos.

Mais do que um *pacto social*, a Constituição Brasileira de 1988, como instrumento de conquista do Estado Democrático de Direito que mantém seu emblemático

¹²³ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato, (orgs): *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

¹²⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. Op. cit., 2008, p. 114.

significado de conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado e do convívio social, traz em seu bojo um *pacto socioambiental* entre o Poder Público e a coletividade atestando a mudança do paradigma jurídico, que se volta ao compromisso da proteção do equilíbrio ambiental como direito humano fundamental.

Se o Direito, sobretudo o constitucional, tem como papel a condução e orientação do comportamento tanto do Poder Público quanto da coletividade, impondo limites e estabelecendo um controle sobre o agir diante do indivíduo e da coletividade, atribuindo direitos e impondo deveres, no campo da proteção do equilíbrio ambiental o estudo dos deveres atribuídos ao(s) Estado(s) nesta seara mostram-se de suma relevância e é deles que trataremos a seguir.

3.2 Dever fundamental estatal de proteção do equilíbrio ambiental

Não se quer atribuir ao Estado exclusivamente o dever de proteger o equilíbrio ambiental, uma vez que tal obrigação também é da coletividade conforme estabelecido pelo constituinte de 1988 de forma expressa (*caput* do art. 225).

A Magna Carta de 1988 se traduz num misto de direitos e deveres, inclusive fundamentais, que podem ser percebidos em termos gerais pela análise do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), ou de modo específico, a exemplo do que dispõem os artigos 37 (princípios gerais da administração pública), 150 (ordem tributária), 170 (ordem econômica), 182 (política urbana), 192 (política financeira), 194 (seguridade social), 196 (saúde), 218 (ciência, tecnologia e inovação) e 225 (proteção ambiental), que podem atingir seus destinatários sob diferentes perspectivas: em princípio o Estado (plano vertical) e particulares (plano horizontal). Ou seja, os deveres fundamentais estão dispersados ao longo de todo o texto constitucional.

Em plena *era dos direitos*¹²⁵ o constituinte de 1988 dispõe sobre deveres fundamentais ao lado dos direitos desta natureza (Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) trazendo à tona a idéia de que os deveres fundamentais representam categoria jurídica autônoma à dos direitos, permitindo a ampliação do controle exercido sobre o Estado e a coletividade.

¹²⁵ Sobre o tema, vide BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Campus: Rio de Janeiro, 1992.

Nabais salienta que as Constituições que sucederam o segundo pós-guerra negligenciaram, ou simplesmente optaram por omitir, tanto os deveres em geral quanto os deveres fundamentais, e que em sua opinião:

[...] um tal esquecimento dos deveres fundamentais tem causas mais próximas. Entre estas contam-se certamente quer a conjuntura política, social e cultural do segundo pós-guerra, quer o regresso a uma estrita visão liberal dos direitos fundamentais.

Era, pois, necessário exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos.¹²⁶

Em que pese esta visão liberal não atingir a essência dos deveres fundamentais, já que estes, muitas vezes, apresentam correlação com os direitos fundamentais, o que dispensa sua expressa previsão na norma constitucional, impregnam com o discurso quantitativo de direitos fundamentais as Constituições, a dogmática e a hermenêutica constitucionais.

Na Constituição Brasileira de 1988, como já referido, os deveres fundamentais se apresentam como categoria jurídica própria que, no plano abstrato ou concreto, não se vinculam exclusivamente à existência de direitos fundamentais, podendo se extrair do texto constitucional quatro categorias de deveres gerais: deveres autônomos e abstratos, deveres autônomos e concretos, deveres fundamentais e deveres fundamentais decorrentes do dever estatal de proteção de direitos fundamentais.

A distinção entre direitos e deveres fundamentais se mostra necessária tendo em vista que, diferente dos primeiros (reconhecidos pela ordem constitucional), os deveres fundamentais são, em larga medida, criação do constituinte, o que significa dizer que seu fundamento jurídico decorre da previsão constitucional (explícita ou implícita).

Sobre o suporte jurídico dos deveres fundamentais, vale mais uma vez recorrer às lições de Nabais. *Verbis*:

[...] na ausência de previsão constitucional, ainda que tais deveres possam ser considerados deveres fundamentais de um ponto de vista material ou substancial, isto é, ainda que congreguem em si as notas típicas de uma noção material ou substancial de deveres fundamentais, eles não podem ser tidos por deveres fundamentais. Uma conclusão que, naturalmente, não impede o legislador ordinário de os impor e sancionar. Muito embora tais deveres não possam ser tidos por deveres fundamentais, mas apenas por deveres legais.¹²⁷

¹²⁶ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, v. 3, n. 2 (2002), p. 11.

¹²⁷ NABAIS, op. cit., 2002, p. 15.

Cumpra ressaltar que, ao possuírem algumas normas de direito fundamental eficácia objetiva e subjetiva¹²⁸, em tais casos haverá uma relação direta entre direitos e deveres fundamentais, o que não quer dizer que há uma correspondência, já que a correspondência ao direito é a obrigação, não retirando o caráter de autonomia dos deveres fundamentais.

Neste sentido, Canotilho salienta que “os deveres fundamentais reconduzem-se a normas jurídico-constitucionais autônomas que podem até relacionar-se com o âmbito normativo de vários direitos”¹²⁹.

A compreensão dos deveres fundamentais como categoria autônoma amplia o conjunto de regras e princípios a eles inerentes, obrigando Estado (perspectiva vertical) e particulares (perspectiva horizontal) ao seu cumprimento, inclusive permitindo controle jurisdicional em casos de desrespeito a tais deveres.

Nas lições de Ingo Sarlet o reconhecimento dos deveres fundamentais no pacto constitucional brasileiro implica atribuir esforços a todos na transformação das estruturas da sociedade, podendo surtir impacto até mesmo no exercício das liberdades individuais quando estas não estejam em sintonia com os reclamos da coletividade. A responsabilidade aqui sublimada transcende o campo da moral para adentrar no campo dos deveres jurídicos fundamentais de solidariedade.¹³⁰

Os deveres fundamentais estabelecidos e disciplinados pelas normas constitucionais, assim, não se esgotam na esfera jurídica (ou mesmo na esfera moral) subjetiva de seus destinatários. Além de apresentarem esta eficácia principal (subjetiva), apresentam, de forma assessória, uma dimensão objetiva ao legislador.

Nabais adverte que:

[...] os deveres fundamentais, por via de regra, não têm o seu conteúdo concretizado na constituição, sendo, pois, deveres de concretização legal. Mas, mesmo quando a sua concretização se realiza ao nível da constituição,

¹²⁸ As normas de direitos fundamentais ostentam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva tem relação com a posição jurídica do indivíduo e a faculdade que este possui de exigir, tanto do Estado como dos demais indivíduos, uma ação ou abstenção para preservar-lhe um direito. Já a dimensão objetiva funciona como um vetor para dirigir o programa estabelecido pela Constituição de modo geral, estabelecendo “o objetivo, os limites e o modo de cumprimento” das tarefas estatais (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 241). Em sua perspectiva objetiva, os direitos e deveres fundamentais devem ser, ainda, compreendidos como o conjunto de valores objetivos do Estado Democrático de Direito, estabelecendo diretrizes tanto para os poderes estatais quanto aos particulares (eficácia irradiante).

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 532.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 227.

o legislador dispõe de uma ampla liberdade, nomeadamente para estabelecer as sanções aplicáveis no caso da sua não observância.¹³¹

Sendo assim, a operatividade dos deveres fundamentais, sobretudo para os Poderes Executivo e Judiciário, decorrerá de forma indireta dos princípios constitucionais neles traduzidos, já que sua concretização ocorrerá de forma indireta através do conteúdo das leis pelos operadores jurídicos concretos.

Pode-se extrair do acima exposto que nem todas as normas constitucionais são aptas a gerarem deveres auto-aplicáveis, já que dependem de mediação legislativa, o que não quer dizer que estão as normas constitucionais de deveres fundamentais em estreita simetria com as normas constitucionais programáticas na esfera jurídica.

Não há, por exemplo, no texto constitucional o que venha a ser o dever estatal de promoção da educação, saúde, alimentação, moradia, dignidade humana, em níveis concretos e materialmente aferíveis. Dependendo de normas que visem sua concreção na maior medida “possível”¹³², de uma análise ponderada¹³³ pela doutrina e jurisprudência, considerando o caso concreto, a fim de que seja alcançado o núcleo essencial do direito subjetivo que se busca realizar diante das condições fáticas e jurídicas presentes.

Assim, como já referido anteriormente, na categoria dos deveres gerais decorrerão tanto deveres fundamentais quanto deveres fundamentais decorrentes do dever estatal de proteção de direitos fundamentais.

No que concerne à tutela do equilíbrio ambiental, na contemporaneidade, o Estado tem o dever de preservar o meio ambiente (dever fundamental) – ação e abstenção -, bem como garantir a integridade do ambiente e os direitos fundamentais dele decorrentes (deveres

¹³¹ NABAIS, op. cit., 2002, p. 17.

¹³² O Estado tem se utilizado da “teoria da reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) para justificar que algumas pretensões subjetivas não podem ser concretizadas, em face da falta de condições econômicas ou materiais do Estado, sob pena de se comprometer a coletividade. Trata-se de uma equação entre recursos econômicos estatais X necessidades dos administrados. Sobre tal teoria, Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 481) adverte que: “rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.

¹³³ Neste sentido, Alexy salienta que “em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma ‘reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69).

fundamentais decorrentes do dever estatal de proteção de direitos fundamentais) contra ações de outros particulares (ou mesmo outros Estados).

Mesmo antes da Carta Magna de 1988, claro que sem a força inerente à norma constitucional, mas a fim de manifestar a fundamental preocupação com a tutela do meio ambiente, alguns deveres objetivos foram atribuídos ao Estado brasileiro pela legislação ordinária.

Nesse sentido, podemos aqui atribuir destaque a alguns dos mandamentos contidos na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6938/1981) como, por exemplo, “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico” (art. 2º, I), “planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais” (art. 2º, III), “proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas” (art. 2º, IV), “proteção de áreas ameaçadas de degradação” (art. 2º, IX), “à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (art. 4º, I), “à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (art. 4º, VI), com o objetivo de promover a “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana” (art. 2º, *caput*).

No âmbito constitucional, os deveres fundamentais estatais na proteção do equilíbrio ambiental estão elencados nos incisos do parágrafo 1º do artigo 225, não podendo ser tido como taxativo este rol já que há outros princípios constitucionais que, igualmente, atribuem deveres fundamentais ao Poder Público (v.g., art. 170, *caput* e inciso VI), delineando o agir estatal num espaço de democracia ambiental.

Não se trata de mera faculdade ou de promoção de atos a cargo da discricionariedade do Poder Público e sim de deveres que vinculam todas as esferas da atividade estatal na promoção da tutela do equilíbrio ambiental para as gerações de hoje e do amanhã.

Acerca da vinculação dos órgãos estatais aos deveres fundamentais, Clèmerson Clève ressalta que os princípios, ou objetivos, vinculam o Poder Executivo, que deve propor políticas públicas necessárias à satisfação de tais direitos, bem como o Poder Legislativo, que deverá proteger os direitos fundamentais normativamente, mas também atuando como

fiscalizador dos demais poderes. E, ainda, vinculam a atividade jurisdicional que “ao decidir, há, certamente, de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais”¹³⁴.

Tanto os agentes privados, mas principalmente os agentes públicos se encontram absolutamente vinculados aos parâmetros de proteção ambiental estabelecidos pela Constituição, retirando, ao menos em tese¹³⁵, do campo da disputa política e econômica aquilo que é nuclear para a manutenção da sadia qualidade de vida da comunidade.

O texto constitucional estabelece um rol de deveres ambientais autônomos abstratos (*caput* e parágrafo 1º do art. 225), além de deveres autônomos concretos (incisos do parágrafo 1º do art. 225), bem como deveres fundamentais correlatos aos direitos fundamentais (individuais e coletivos) ao equilíbrio ambiental.

Tais deveres constitucionais, de realização na maior medida possível da preservação ambiental, entretanto, possui conteúdo aberto, merecendo ser densificado pelos aplicadores da Constituição, seja na esfera legislativa (destinatário direto do dever autônomo de preservar e mediador do dever autônomo e abstrato) na criação de leis que protejam o meio ambiente e abstenção de retroceder nas conquistas alcançadas pelas leis pretéritas em matéria ambiental, ou através do Judiciário ao estabelecer (cumprimento do dever autônomo e abstrato de proteção do ambiente) o conteúdo e limites de aplicação de atos normativos em matéria de proteção ambiental em casos de agressões, ameaças ou conflitos de interesses, inclusive cumprindo a este observar se o dever foi cumprido pelo legislador ou administrador.

Para este último (Poder Executivo) cumpre o dever de realizar políticas públicas que visem a eficiente proteção do meio ambiente, seja no cumprimento direto de normas infraconstitucionais regulamentadoras dos deveres constitucionais ambientais, portanto mediadas pelo legislador infraconstitucional, seja pela aplicação direta do dever fundamental constitucional. Ou seja, o Administrador Público tem o dever constitucional autônomo e concreto de tutelar o equilíbrio ambiental tanto nos casos de deveres fundamentais auto-aplicáveis, quando nos casos em que se faz necessária a mediação pelo legislador.

As normas constitucionais que impõem deveres ambientais ao Estado, na maior parte das vezes, têm caráter abstrato seja pela correlação a direitos fundamentais ambientais, seja pela própria abstração presente no art. 225 da CF/88, mas podem ter caráter concreto –

¹³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In *Revista da Academia Brasileira e Direito Constitucional*. v. 3, 2003, p. 293.

¹³⁵ O termo “em tese” aqui é empregado no sentido de atribuir ao Estado o *dever ser*, quando este por vezes é o que determina a vontade de instituições privadas que atuam em nível mundial. Para exemplificar, podemos trazer à tona o aval estatal na exploração de potencial energético e mineral em áreas que merecem proteção especial, bem como permitir a disseminação da monocultura de transgênicos na maior parte do solo produtivo do país, situações estas que geram perda de biodiversidade e altíssimos níveis de degradação ambiental.

como são os casos elencados no § 1º do referido artigo -, já que não se pode exigir da norma fundamental um rol taxativo e exauriente dos deveres estatais ambientais, ainda mais num cenário social dinâmico como é o atual.

Em seu caráter abstrato e autônomo, tem o dever constitucional de preservação ambiental a função de construir alicerces de adjetivação do Estado (que se tem como Democrático e Socioambiental de Direito) em tempos de extremo individualismo, consumismo exagerado e crescimento tecnológico e econômico capitalista que permeiam a contemporaneidade.

Nesta esteira, o dever constitucional de proteção ambiental é atribuído a todos os poderes, seja ele autônomo (por não se articular com direito fundamental ao meio ambiente), abstrato (não elencado concretamente pelo constituinte), concretos (conforma se depreende da análise do rol do §1º do art. 225) ou decorrentes da norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. São estas as hipóteses abarcadas pela teoria dos deveres ambientais presentes na Constituição de 1988.

Mas do que atribuir direitos, a Carta Constitucional Brasileira de 1988 atribuiu deveres ao Estado (e também aos particulares) criando interesses legítimos¹³⁶ a “todos” em buscar a realização destes deveres pelo Estado na maior medida possível, não como direito de ordem subjetiva, mas como interesse difuso¹³⁷, que exigem um mínimo de proteção em contraposição à ausência total de proteção que é, por vezes, dispensada aos interesses simples.

Neste contexto, importa ressaltar que na maior parte das vezes, sobretudo no Brasil, compete ao Poder Judiciário a atuação na promoção de direitos fundamentais inerentes ao equilíbrio ambiental, bem como determinar que os demais poderes estatais e a coletividade cumpram os deveres ambientais que lhes foram atribuídos pela norma constitucional. Tal fenômeno decorre, dentre outros motivos, de questões orçamentárias, inércia e omissão dos poderes legislativo e executivo, insuficiência e ineficiência de políticas públicas, que imprimiram ao judiciário a responsabilidade de atuação ativa na resolução de questões de atribuição dos outros dois poderes.

Em se tratando de deveres fundamentais estatais em matéria ambiental, cada vez mais a busca da realização de tais deveres tem passado pela atuação do judiciário, não apenas

¹³⁶ Diferente dos direitos subjetivos, que são decorrência de normas de eficácia subjetiva, o interesse legítimo decorre de norma de direito de eficácia objetiva, não buscando preservar direitos individuais e sim interesses difusos.

¹³⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5.ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.

como provimento jurisdicional por ofensa a direitos subjetivos, mas como forma de buscar obediência a deveres constitucionais de interesses difusos na tutela do ambiente.

Na atualidade, foi conferido ao judiciário a missão¹³⁸ de atribuir aos demais poderes obediência aos deveres fundamentais, bem como a concretização, pelo Estado, dos direitos fundamentais “em uma esfera mínima, independentemente das políticas públicas formuladas e executadas pelo Executivo e Legislativo”¹³⁹.

Adentrar no campo dos deveres fundamentais de proteção do equilíbrio ambiental (como instituto de importância teórica e prática), como fez o constituinte de 1988 ao atribuir-lhe caráter autônomo, contribui para a construção de um sistema constitucional ambiental que proteja o ambiente como objeto autônomo na afirmação de um modelo de Estado Socioambiental de Direito.

Ademais, a realização de direitos fundamentais e o cumprimento pelo Estado de deveres, também fundamentais, passa pela implementação de políticas públicas em matéria ambiental, e é deste dever que trataremos nas linhas que seguem.

3.3 Dever de implementação de políticas públicas em matéria ambiental

Além dos deveres fundamentais ambientais autônomos, a Constituição de 1988, trouxe a expressa determinação de proteção ambiental pelos poderes estatais e particulares e um rol de deveres fundamentais concretos ao Estado (incisos do parágrafo 1º do art. 225) na promoção de ações que importem na realização da preservação ambiental.

O parágrafo primeiro traz mandamentos concretos ao Poder Público para assegurar a efetividade do direito fundamental de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e enumera medidas que devem ser promovidas para que tal fim seja alcançado.

No inciso I do referido parágrafo determina que o Estado preserve e restaure “os processos ecológicos essenciais”, bem como promova “o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”. E tal mandamento constitucional ganha corpo ao ser regulamentado pela Lei n.º 9.985/2000 que institui o SNUC (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da

¹³⁸ Neste cenário de “empurra pra lá e pra cá” muito se perde na tutela do equilíbrio ambiental, já que, por vezes a Administração Pública opta pela via da negociação à via repressiva ou precaucional. E “Os magistrados hesitam em condenar, seja porque se negam a substituir sua apreciação à da administração, seja porque, confrontados com um debate de especialistas cuja tecnicidade os ultrapassa, preferem abster-se” (OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget: 1990, p. 130)

¹³⁹ SOUZA NETO, C. P. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 537.

Natureza) e estabelece critérios para criação, implantação e gestão das unidades de conservação.

Já o inciso II do § 1º do art. 225 determina que o Estado preserve “a diversidade e a integridade do patrimônio genético”, bem como fiscalize “as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” – regulamentada na esfera infraconstitucional pela Lei 13.123/2015. A forma de cumprimento destes mandamentos é regulamentada tanto pela Lei n.º 9.985/2000, quanto pela Lei n.º 11.105/2005, que versa sobre organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados.

O inciso III, também regulamentado pela Lei n.º 9.985/2000, tem como escopo definir e preservar em todo o território nacional “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”.

Os incisos IV e V, ambos regulamentados pela Lei n.º 11.105/2005, determinam, respectivamente, a realização de EPIA (Estudo Prévio de Impacto Ambiental), que se deverá dar publicidade, “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, e o controle da produção, comercialização, emprego de técnicas e métodos, que envolvam “substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Já os dois últimos incisos do § 1º do art. 225 (VI e VII) determinam que o Poder Público, respectivamente, promova a educação e conscientização “para a preservação do meio ambiente” e, a proteção da fauna e da flora, vedando “as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. O inciso VII também é regulamentado pela Lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

Cumprir frisar que tais deveres fundamentais específicos, mesmo apresentando um amplo leque de proteção do equilíbrio ambiental, devem ser conjugados com outros deveres de caráter individual e social elencados (de forma expressa ou não) nos princípios constitucionais e tratados internacionais, já que traduzem a vontade da Constituição frente à realidade social que se visa regular e assegurar.

Segundo Konrad Hesse a “força normativa da Constituição está condicionada por cada vontade atual dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição”¹⁴⁰ e só pode converter-se “em força ativa se se fizerem presentes na consciência

¹⁴⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 49.

geral”¹⁴¹ como vontade de constituição e não apenas vontade de poder. Trata-se, portanto, de pacto pretérito ou presente no sentido de imputar ao Estado e aos particulares deveres que assegurem o direito das presentes e futuras gerações a um ambiente sadio.

Assim, o direito/dever de proteger o equilíbrio ambiental impõe a todos conduta (ação e omissão) em respeito à vontade de constituição de um Estado de Direito Socioambiental. Vontade de limites e atribuições normativas ao Estado e coletividade no momento presente, mas que podem ser alteradas (ampliadas ou flexibilizadas) pelas necessidades do corpo social no tempo.

Hesse¹⁴² atribui três principais alicerces à “vontade de constituição”: a) consciência da necessidade de um ordenamento objetivo, inviolável e normativo que se afaste das arbitrariedades de outrora; b) a certeza de que tal ordenamento (constitucional) é mais que uma ordenação fática, é legítimo e, em face do tempo, carece de constante legitimação; e c) sua vigência (pretensão jurídica) não pode estar alheia à vontade humana, mas conserva-se por atos de vontade (legitimação) do corpo social, estando sua força normativa pautada não apenas no seu conteúdo, mas na práxis constitucional.

Não se quer atribuir caráter de imutabilidade dos mandamentos constitucionais, ainda mais diante do caráter dinâmico das sociedades atuais influenciadas pelo tempo rápido da produção, consumo e descarte de mercadorias e modos de ser. Mas a “vontade de constituição” de deveres normativos de proteção do meio ambiente, do qual o ser humano é parte integrante, não pode passar pela faculdade deste ou daquele interesse individual ou estatal, já que se trata de uma sólida proposta social voltada para o futuro.

Ou seja, a Magna Carta de 1988 teve como escopo instituir juridicamente uma sociedade com a missão (responsabilidade firmada no presente com vista para o futuro) assumida coletivamente para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Se “o direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele”, e “a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento”, logo a “interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos” e, portanto, a Constituição também deve se mostrar mutável a fim de atender às mutações da sociedade.¹⁴³

¹⁴¹ Ibid., p. 9.

¹⁴² Para um estudo mais aprofundado sobre a vontade de constituição e a força normativa da Constituição vide HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 66-84.

¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 111.

Assim, o Direito, sobretudo o constitucional, como estrutura de um sistema maior (o sistema social) deve selecionar expectativas com base em “valores e princípios simultaneamente enraizados numa memória e portadores de um projeto futuro”¹⁴⁴ que tenham a proteção do meio ambiente como compromisso comum. E este projeto/compromisso deve ser engendrado pela vontade (responsabilidade) comum do grupo social – deve ser reflexo da vontade soberana do povo - com base na confiança comum entre estes e os governos, sob pena das manifestações do poder constituído não se traduzirem em um projeto coletivo voltado para o futuro.

Ao nível Estatal, o novo paradigma constitucional atribui ao Poder Público deveres de abstenção da prática de atos que ponham em risco o equilíbrio ambiental e deveres de ação como: a) comando e controle de atividades que ponham em risco o equilíbrio ambiental; b) implementação e controle de espaços especialmente protegidos; c) proteção da biodiversidade; d) fiscalização de atividades potencialmente ofensivas ao equilíbrio ambiental; e) gestão dos recursos naturais; f) educação ambiental; g) gestão dos riscos à vida, qualidade de vida e equilíbrio ambiental; h) (re)configuração dos espaços rurais e urbanos; dentre outros que possam comprometer a sadia qualidade de vida e o equilíbrio do meio ambiente, bem como mitigar os conflitos sociais e as incertezas geradas pelo modelo social e avanços tecnológicos.

Tais deveres se estendem a todas as esferas dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), vinculando-os inclusive aos direitos fundamentais socioambientais, de modo que além de impor ao legislador ordinário a elaboração de normas de tutela de tais direitos fundamentais e a Administração Pública de atuar na proteção e promoção destes direitos, impõe ao Judiciário o dever de promover a efetivação destes direitos por meio da atividade hermenêutica.

Neste sentido, Sarlet e Fensterseifer salientam que:

[...] em maior ou menor medida, todos os Poderes Estatais, representados pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário (incluindo, no âmbito das atribuições as funções essenciais à Justiça), estão constitucionalmente obrigados, na forma de deveres de proteção e promoção ambiental, a atuar, no âmbito de sua esfera constitucional de competências, sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais ecológicos.¹⁴⁵

¹⁴⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 230.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In *Revista de Direito Ambiental*, n. 58. São Paulo: RT, abr-jun/2010, p. 48.

Cumpra ainda lembrar que o projeto de sociedade e Estado brasileiro delineados pela Constituição Federal de 1988, que visa garantir bem-estar, qualidade de vida e equilíbrio do meio, aponta para a tarefa (estatal) e deveres (estatais e sociais) perante a humanidade (presente e futura), sob pena de tornar-se um projeto sem execução.¹⁴⁶

Com o escopo de construir um modelo jurídico que proteja o equilíbrio do meio ambiente e a sadia qualidade de vida, o Estado Socioambiental de Direito deve harmonizar tanto direitos fundamentais ambientais quanto os deveres desta natureza, orientando todos, mas principalmente a atuação dos entes públicos, num modelo que tem como suporte a distribuição de responsabilidades (princípios da solidariedade – art. 3º da CF/88) a cada membro da comunidade política.

Portanto, não podem os entes estatais se eximirem de suas tarefas e deveres fundamentais de proteção (*Schutzpflicht*), não adotando medidas ou adotando-as de forma insuficiente na garantia de proteção constitucionalmente adequada à tutela do meio ambiente e da sadia qualidade de vida digna à espécie humana, sob pena de ocorrência de verdadeiro “defeito de proteção”.¹⁴⁷

Nesta esteira, deve o Estado assegurar um nível mínimo de proteção dos direitos fundamentais ambientais e sociais, sob pena de descumprimento da imposição constitucional a ele atribuída. O que Vieira de Andrade¹⁴⁸ trata como *princípio de proibição de déficit (Untermaßverbot)*.

Também não pode o Estado retroceder em matéria legislativa afetando núcleo essencial de direitos fundamentais já incorporados ao sistema jurídico sem a adoção de outras alternativas ou medidas de compensação – *princípio da proibição de retrocesso*¹⁴⁹ – devendo

¹⁴⁶ AYALA, Patrick de Araújo. Direito fundamental ao ambiental, mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, n. 901, Novembro 2010, p. 35.

¹⁴⁷ Neste sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 273.

¹⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 4.ª ed., 2008, p. 140.

¹⁴⁹ Segundo Sarlet e Fensterseifer: “A proibição de retrocesso, nesse cenário, diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial - infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública.” (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental*. In *Revista de Direito Ambiental*, n. 58. São Paulo: Ed. RT, abr-jun/2010, p. 52.

avançar nas conquistas e buscar a melhoria qualitativa e quantitativa da proteção ambiental – *dever de progresso legislativo*¹⁵⁰.

Pois bem, no caso brasileiro, mesmo antes do amplo leque de deveres impostos pela Lei Fundamental de 1988, a preocupação com o “patrimônio natural” começou a solidificar-se em políticas públicas a partir da década de 30 do século passado.

Em 1934 foram aprovados o Código Florestal (Decreto n.º 23.793 de 23 de janeiro), o Código de Caça e Pesca (Decreto n.º 23.672 de 02 de janeiro) e decretado o Código de Águas (Decreto n.º 24.643 de 10 de julho) diante da preocupação com o crescente abate de animais, desmatamento e poluição dos recursos hídricos. Sendo que um “novo” Código Florestal foi aprovado em 1965 (Lei n.º 4.771, de 15 de Setembro).

Em 1967 foi promulgada a Lei de Proteção à Fauna (Lei n.º 5.197/67) e decretados o Código de Pesca (Decreto-Lei n.º 221/67) e o Código de Mineração (Decreto-Lei n.º 227/67).

No ano de 1973 foi criada a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), vinculada ao Ministério do Interior, através do Decreto n.º 73.030 de 30 de outubro, e em 1981, a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto, estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, bem como instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), o Cadastro Técnico Federal de Atividades e instrumentos de Defesa Ambiental.¹⁵¹

Após o advento da Constituição de 1988, dentre outras políticas públicas de proteção do ambiente, foram editadas as Leis de Exploração Mineral (Lei n.º 7.805/89), criação do IBAMA (Lei n.º 7.735/89), Agrotóxicos (Lei n.º 7.802/89), Política Agrícola (Lei n.º 8.171/91), Engenharia Genética (Lei n.º 8.974/95), Recursos Hídricos (Lei n.º 9.433/97), Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), Política Urbana (Lei n.º 10.257/2001), além de dezenas de Decretos, Portarias e Resoluções do CONAMA acerca da tutela do meio ambiente.

¹⁵⁰ Acerca do dever de progresso legislativo no que se refere à direitos fundamentais, Gustavo Zagrebelsky salienta que “Los derechos orientados a la libertad, es decir, a la voluntad, son una exigencia permanente, porque permanente es la voluntad que están llamados a proteger. La idea de los derechos continuamente em acción está estrechamente ligada a la del progreso individual y social, una idea que encierra en sí la ausencia de una conclusión, de un final. Em las sociedades volcadas hacia el progreso, los derechos son una exigencia estructural y su difusión y potenciación constituyen factores de aceleración en lo que se ha considerado una dirección empírica. El tiempo de estos derechos no tiene fin.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. Madri: Editorial Trota, 9ª ed., 2009, p. 86).

¹⁵¹ Tabela 1. Resumo do histórico institucional do Ministério do Meio Ambiente. Brasil. 1934-2008. Disponível em www.mma.gov.br, consulta em 29 de dezembro de 2015.

Há, portanto, mesmo antes da Magna Carta de 1988, um amplo rol de políticas públicas explícitas, sistematizadas e com regras e procedimentos específicos voltados à proteção do meio ambiente.

Entretanto, as políticas públicas devem ser tidas como o conjunto de normas e atos voltados a uma determinada finalidade, cujo processo envolve várias etapas, que podemos aqui exemplificar da seguinte forma: a) *Agenda* ou inclusão de determinado pleito na lista de prioridades que justifiquem uma intervenção legítima sob a forma de deliberação e decisão; b) *Elaboração* ou identificação e delimitação de questão potencial ou atual, verificando alternativas para sua satisfação ou solução, bem como verificando custos de implementação, efeitos de sua implementação e prioridades; c) *Formulação* ou seleção e especificação da alternativa mais conveniente, com definição de seu marco jurídico, objetivos, administração e recursos financeiros necessários; d) *Implementação* ou preparação para a execução da política pública, com planos, programas e projetos do aparelho administrativo e recursos (humanos, financeiros, materiais e tecnológicos) necessários; e) *Execução* ou colocar em prática efetiva a política, através de ações destinadas a alcançar os objetivos estabelecidos; f) *Acompanhamento* ou processo sistemático de supervisão da execução a fim de assegurar a consecução dos objetivos estabelecidos, bem como fornecer informações necessárias para introduzir eventuais correções e, por fim; g) *Avaliação* ou mensuração e análise, *a posteriori*, dos efeitos e consequências (previstas ou não) produzidos na sociedade pela implementação da política pública.¹⁵²

Trata-se, portanto, de procedimento, no qual a falha de uma ou mais fases do processo pode comprometer a política pública que se visou implantar. Ainda mais pelo fato dos atos, decisões ou normas que a compõe ter natureza heterogênea, cada qual se submetendo a um determinado regime jurídico que lhe é próprio e a este ou aquele órgão ou entidade responsável por sua execução, o que torna a política ainda mais complexa e, muitas vezes, vulnerável ao arbítrio de seus executores.

Seja a política pública mais ou menos complexa, é dever do Estado sua implementação em determinados casos a fim de tutelar bens constitucionalmente tidos como fundamentais, merecendo destaque aqui a tutela do equilíbrio ambiental em parâmetros não inferiores aqueles previstos na Constituição.

¹⁵² LOPES, Brenner; AMARAL, Jefferson Ney. *Políticas Públicas: conceitos e práticas*. Coordenação de Ricardo Wahrendorff Caldas. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008.

Ora, se é dever de todos – principalmente dos poderes estatais – proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, como pode o Estado, por exemplo, permitir a exploração de potencial energético em áreas especialmente protegidas?

Sobre tal tema Patryck de Araújo Ayala assevera que a Constituição de 1988:

[...] delimita um perfil bem definido das espécies de uso dos recursos naturais proibidas em unidades de conservação, que são exatamente todas aquelas que possam comprometer, ainda que potencialmente e em qualquer medida, a integridade dos atributos que justificaram a instituição do regime especial sobre o espaço natural, como consta claramente do art. 225, § 1º, III.¹⁵³

Ocorre que, o rol de deveres fundamentais estatais é amplo, envolvendo a implementação de diversas políticas (educacional, econômica, fiscal, ambiental, etc) que, por vezes acarretam tensão entre direitos fundamentais e vão depender da forma e papel das organizações estatais em cada tipo de sociedade.

No tocante ao Estado brasileiro a Lei Fundamental de 1988, mesmo diante do paradigma norteador das políticas e atividades econômicas¹⁵⁴, determina a implementação de políticas públicas socioambientais e a consolidação de processos democráticos de participação de todos na gestão ambiental, sendo defeso ao Estado se abster¹⁵⁵ das atribuições que lhe foram impostas.

Os principais instrumentos da(s) política(s) pública(s) ambiental(is) no Brasil podem ser, grosso modo, divididas quanto ao gênero e espécie conforme quadro a seguir:

Tabela 1 - Agrupamento de políticas públicas ambientais com potencialidade de aplicação na gestão ambiental.

Gênero	Espécie
Comando e Controle	a. Padrão de emissão; b. Padrão de desempenho; c. Proibições e restrições sobre produção, comercialização e uso de produtos;

¹⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro* (Orgs.). 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 335.

¹⁵⁴ Conforme destaca Leff “[...] a visão mecanicista da razão cartesiana converteu-se no princípio constitutivo de uma teoria econômica que predomina sobre os paradigmas organicistas dos processos da vida, legitimado numa falsa idéia de progresso da civilização moderna, desta forma, a racionalidade econômica banuiu a natureza da esfera d produção, gerando processos de destruição ecológica e degradação ambiental.” (LEFF, Enrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lucia Mathilde e Endlich Orth. 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 17).

¹⁵⁵ Segundo Freitas a abstenção do cumprimento de deveres fundamentais pelo Estado, caracteriza afronta ao que ele denomina de *princípio ativo do dever estatal não cumprido*. (FREITAS, Juarez. Responsabilidade do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excessos e omissões. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. São Paulo: 2005, n.º 6, jul./dez., p. 159).

	d. Licenciamento ambiental.
Econômico	a. Tributação sobre poluição e sobre o uso de recursos naturais; b. Incentivos fiscais e criação e sustentação de mercados; c. Financiamentos em condições especiais e licenças negociáveis.
Diversos	a. Reservas ecológicas e outras áreas de proteção ambiental; b. Educação ambiental e informação à sociedade; c. Mecanismos administrativos e jurídicos de defesa do meio ambiente.

A fim de assegurar o exercício de qualquer direito fundamental social e ambiental, principalmente o Estado, deve adotar postura ativa o sistema econômico capitalista.

Verificado o dever de implementação de políticas públicas voltadas à proteção ambiental, mesmo sem a pretensão de esgotar o tema, dedicaremos as linhas que seguem à análise da tensão (suposta ou existente) entre economia, ou modelo de sistema econômico vigente em nosso país, e proteção ambiental.

3.4 Economia e proteção ambiental como valores ambivalentes do Estado contemporâneo?

Ao lado dos deveres ambientais estatais e, portanto, não menos importantes, estão os deveres de promoção de políticas econômicas que visem valorizar o trabalho humano, assegurar a todos existência digna e atender as diretrizes da justiça social (art. 170, *caput*, da CF/1988), devendo a ordem econômica observar, dentre outros, os princípios da “soberania nacional” (inciso I), “função social da propriedade” (inciso III), “defesa do meio ambiente” (inciso VI) e “redução das desigualdades regionais e sociais” (inciso VII).

Mesmo diante de tais mandamentos constitucionais, que visam a conjugação entre promoção da economia com dignidade da pessoa humana e equilíbrio ambiental, a cerca de três séculos o mundo tem vivido mergulhado numa sociedade de mercado, na qual a economia de mercado e seu modelo de produção (capitalista) tem suas regras próprias, e sua manutenção depende também de manter-se as estruturas políticas e econômicas nas quais tal modelo se sustenta.¹⁵⁶

Há, portanto, para a manutenção do modelo de produção capitalista, uma inter-relação e interdependência entre tal modelo e o Estado, sendo que nesta relação o direito se torna “a instituição e o instrumento através do qual Estado e mercado servem-se mutuamente para a reprodução do sistema em que estão inseridos”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 91-92.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 92.

Para que haja crescimento econômico à economia de mercado necessita conjugar um crescimento da produção, inovação tecnológica e crescimento do consumo, a fim de obter mais lucros e realizar novos investimentos.

Trata-se de uma lógica cíclica cuja estabilidade sempre tende a gerar mais crescimento da produção, mais consumo, mais lucro e, no contexto atual, mais degradação ambiental, já que o bem-estar social tem como base a produção, trabalho e consumo e não a qualidade de vida e a preservação do equilíbrio do meio ambiente. Assim, o sucesso para uma política econômica passa pelo sucesso do investidor na obtenção de mais capital para lhe propiciar novos investimentos.

Ocorre que, as teorias de crescimento econômico de base capitalista pré-Segunda Guerra Mundial contabilizam apenas o capital (maior lucro = maior crescimento = maior investimento), não considerando sequer o fator meio ambiente neste cálculo. E o aumento da produção, consumo e descarte de mercadorias tem mergulhado as sociedades atuais num cenário de pobreza, uso, abuso e deterioração do meio ambiente, gerando cada vez mais riscos à vida de um modo geral, ao equilíbrio dos ecossistemas e a escassez de recursos naturais.

Tal concepção considera a atividade econômica como um ciclo fechado na relação entre produção, consumo e lucro, e desta forma tudo que escapa a este ciclo não interessa à contabilidade econômica. Mas necessita da utilização de recursos naturais (renováveis ou não) fazendo com que se mostre necessária nesta contabilidade a contemplação dos ritmos naturais de recuperação, absorção e reciclagem, bem como dos custos da atividade econômica ao meio ambiente.

Nas décadas de 60 e 70 do século passado se torna mais latente a preocupação do crescimento econômico e seus efeitos no meio ambiente¹⁵⁸, bem como o problema da escassez de recursos naturais, crescimento populacional, pobreza e déficit no PIB (Produto Interno Bruto) *per capto*.

Conforme esclarece Derani os indicadores de crescimento econômico só levam em consideração o que possui valor monetário e tem como fim maior o aumento da taxa de lucro. Sendo assim, o cálculo do PIB não considera elementos que não traduzam valor monetário para o mercado, a exemplo da agricultura de subsistência que, mesmo gerando

¹⁵⁸ Neste sentido Leff salienta que “a consciência ambiental surgiu nos anos 60 com a Primavera Silenciosa de Rachel Carson, e se expandiu nos anos 70, depois da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, celebrada em Estocolmo, em 1972. Naquele momento é que foram assinalados os limites da racionalidade econômica e os desafios da degradação ambiental ao projeto civilizatório da modernidade. A escassez, alicerce da teoria e prática econômica, converteu-se numa escassez global que já não se resolve mediante o progresso técnico, pela substituição de recursos escassos por outros mais abundantes ou pelo aproveitamento de espaços não saturados para o depósito dos rejeitos gerados pelo crescimento desenfreado da produção” (LEFF, Enrique. *Saber Ambiental*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p.16-17).

qualidade de vida e riqueza para um país, não integra o cálculo de crescimento econômico deste.¹⁵⁹

Para esta autora a avaliação do PIB “é um cálculo do capital para o capital” em uma lógica de produção desenvolvida “visando ao aumento do dinheiro”, quando deveria compreender também o fator “qualidade de vida” ou bem estar.¹⁶⁰

As preocupações com a finitude dos recursos naturais para o crescimento da economia de mercado, o aumento do aparato tecnológico, da pobreza e da degradação ambiental, foram apontados em um conhecido relatório do Clube de Roma¹⁶¹ realizado em 1972 e sucedido por encontro internacional organizado pelos países desenvolvidos – Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, também conhecida como Conferência de Estocolmo, realizada de 5 a 16 de junho de 1972 – colocando em dúvida o modelo de crescimento econômico capitalista.

A partir de então, é colocada em foco no âmbito internacional a discussão e implementação conjunta de um modelo de desenvolvimento que tenha como base elementos econômicos, sociais e ambientais, traduzindo o esforço na construção de um “Desenvolvimento Sustentável”¹⁶².

Mas tal construção, passadas mais de quatro décadas da Declaração de Estocolmo, não se mostra uniforme, apresentando contradição tanto nas políticas internacionais, quanto na doutrina e jurisprudência, o que pode conduzir, como conduz, a frequentes dúvidas quanto ao seu conteúdo e aplicação.

Optamos em sintetizar o conceito de desenvolvimento sustentável – verdadeiro princípio constitucional – em três níveis: a) conteúdo – dimensão de desenvolvimento econômico, social e ambiental; b) técnica – prevalência da conservação ambiental quando em colisão com interesses econômicos e/ou sociais e; c) meta – legar condições ambientais favoráveis para as futuras gerações.¹⁶³

A questão central de tensão entre crescimento econômico e proteção ambiental paira justamente sobre o termo “crescimento” do atual modelo de mercado (capitalista) no

¹⁵⁹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 98-100.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 101-103.

¹⁶¹ MEADOWS, D. L., MEADOWS, D. H., RANDERS, J. & BEHRENS, W.W. *Limites do crescimento: um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o dilema da humanidade*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

¹⁶² A partir de demandas da ONU (Organização das Nações Unidas) surge em 1987 é sistematizado um conceito unificado e globalmente conhecido acerca da idéia de desenvolvimento sustentável – Relatório Brundtland.

¹⁶³ CARVALHO, M. M. B. de; FERRE, F. L.; STEINMETZ, W. A. O conceito jurídico do Princípio do Desenvolvimento Sustentável no ordenamento jurídico brasileiro: por um conceito adequado e operativo. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2015, v. 1, p. 77-96.

qual o processo econômico tem como principal fim o lucro – a produção voltada para a quantidade de lucro e não para a qualidade econômica.

Ora, sob esta perspectiva matemática quantitativa não se pode estabelecer uma correlação necessária entre crescimento e desenvolvimento, ainda mais no cenário mundial em que os padrões de consumo de uma pequena elite se contrapõe ao subconsumo e extrema pobreza da maior parte da população.

Neste sentido, Furtado realiza uma crítica ao que denomina “mito do desenvolvimento econômico” que cria a ilusão da maioria de que poderá atingir um padrão de consumo da elite minoritária e desviar as atenções sobre as fundamentais necessidades da coletividade.¹⁶⁴ Mito este que permeia inclusive aquilo que se tem como desenvolvimento sustentável na concepção econômica atual, sob o dogma liberal de que o crescimento econômico gera, necessariamente, efeitos benéficos à sadia qualidade de vida dos mais desafortunados.

Esta suposta necessidade de vinculação entre crescimento e sustentabilidade, enraizada principalmente no ponto de vista econômico, é rebatida por Silveira ao sustentar que:

[...] sustentabilidade não é sinônimo de “crescimento zero”, nem um crescimento positivo, nem um crescimento negativo, necessariamente, porque o mais importante é a qualidade do crescimento ou desenvolvimento. Uma sociedade sustentável seria aquela interessada no desenvolvimento qualitativo e não na expressão física: um eventual crescimento material dar-se-ia na observância do equilíbrio ecológico, não como um imperativo categórico; um crescimento negativo constituiria a base para a correção de um eventual excesso. Enfim, a sociedade não seria a favor nem contra o crescimento, mas julgaria as questões econômicas com base em valores éticos, sobretudo a consciência da finitude dos recursos naturais.¹⁶⁵

A finalidade da produção (transformação da natureza em lucro monetário)¹⁶⁶ não pode se enfeixar, exclusivamente, na equação entre recursos naturais, trabalho, comércio e consumo, com o resultado lucro. Mas sim na equação que, ao conjugar tais elementos, tenha como resultado qualidade de vida das presentes gerações, respeito ao tempo de incubação e

¹⁶⁴ FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974, p. 16.

¹⁶⁵ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014, p. 130.

¹⁶⁶ Com base nos ensinamentos de Nicholas Georgescu-Roegen acerca do processo entrópico, Latouche acrescenta que no atual modelo de produção econômica “a economia exclui a irreversibilidade do tempo. Assim, ignora a entropia, ou seja, a não reversibilidade das transformações da energia e da matéria. Por isso, os resíduos e a poluição, apesar de serem produtos da atividade econômica, não entram nas funções padrão de produção”. (LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009a, p. 14).

regeneração naturais, preservação da vida de um modo geral e dos ecossistemas, a fim de que as futuras gerações tenham direito a um meio ambiente sadio.

Para Latouche o desenvolvimento sustentável:

Trata-se ao mesmo tempo de um pleonasmo na definição e de um oxímoro no conteúdo. Pleonasmo, porque o desenvolvimento já é um *self-sustaining growth* (“crescimento sustentável por si mesmo”) para Rostow. Oxímoro, porque o desenvolvimento não é nem duradouro nem sustentável.¹⁶⁷

Salienta este autor, ao pregar um “decrescimento”, que não se trata este de almejar um crescimento econômico negativo, mas de romper com as amarras teóricas de um *slogan* político de uma elite econômica que subjulga a humanidade e o meio ambiente à lógica do capital, estabelecida por um mercado globalizado, que cria no imaginário social a idéia de progressividade do modelo de desenvolvimento econômico atual é uma proposta comum. Trata-se, portanto, o “decrescimento” também de um *slogan* teórico que prega a redução da dependência de países em desenvolvimento ao modelo de mercado, possibilitando autossuficiência local e modelos também locais de modelos que privilegiem a qualidade de vida e não a quantidade de produção e de consumo.¹⁶⁸

A globalização de um modelo de crescimento econômico capitalista, cada vez mais mundial e integrado, e seus elevados padrões de produção, consumo e descarte, ao arrepio do equilíbrio ambiental, traduz um *slogan* de desenvolvimento insustentável.

Para uma mudança de paradigma econômico e, portanto, de mudança para a sociedade do decrescimento, o que falta, segundo Latouche, não são nem perspectivas nem soluções, mas as condições de sua implementação.

Nas palavras de Leff “só em pensar que cada indivíduo dos países pobres pudesse ter acesso a um carro e a um refrigerador, faria estourar o planeta!”¹⁶⁹

Acerca desta mudança do paradigma econômico da atualidade, Guattari salienta que uma verdadeira resposta à crise ecológica só poderá ocorrer em escala planetária e com a condição de que se opere uma autêntica política social, ambiental e cultural reorientando os objetivos da produção de bens materiais e imateriais. Essa revolução deverá abarcar, portanto, não só as relações de forças visíveis em grande escala, “mas também aos domínios moleculares de sensibilidade, de inteligência e de desejo”.¹⁷⁰

¹⁶⁷ LATOUCHE, op. cit., 2009a, p. 8.

¹⁶⁸ LATOUCHE, op. cit., 2009a, p. 58-80.

¹⁶⁹ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 2.^a ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 127.

¹⁷⁰ GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. 13.^a ed. Campinas, SP: Papirus, 2002, p. 9.

Como já referido anteriormente, Estado e mercado possuem uma estreita relação de dependência, servindo-se mutuamente do direito, num quadro de irresponsabilidade organizada¹⁷¹, para justificar o crescimento econômico e a degradação ambiental mesmo diante de um vasto sistema normativo de proteção do equilíbrio ambiental.

Neste sentido, Silveira adverte que:

Em um quadro de irresponsabilidade organizada, o direito processual, veículo de realização do direito material, acaba paradoxalmente por esvaziá-lo de toda substância, de tal forma que avanços normativos substanciais podem manter ou mesmo aumentar a distância entre o texto escrito e sua eficácia social. [...] O ambiente, objeto de proteção de um vasto e minucioso sistema normativo, é degradado mais intensamente à medida que tal arsenal legislativo se robustece, e poucos atores sociais são significativamente responsabilizados [...]¹⁷²

François Ost vai mais além ao afirmar que em alguns casos o direito do ambiente é negociado de formas múltiplas.¹⁷³

Mesmo diante deste contexto, a Constituição Federal de 1988 faz uma aposta para um futuro de desenvolvimento da economia com proteção do equilíbrio do meio ambiente com o intuito de equalizar qualidade de vida, dignidade e acesso a um meio sadio para as presentes e futuras. E neste arcabouço normativo fundamental não se pode separar economia de proteção ambiental e bem estar social, já que os princípios constitucionais que englobam tais valores devem ser interpretados conjuntamente e sua concreção dependerá, também, de políticas públicas que compatibilizem economia, meio ambiente e sociedade.

Cumpra esclarecer que, mesmo diante das re-significações teóricas ao longo da história, principalmente as de cunho liberal ou neoliberal, a palavra economia não pode despir-se de seu original significado. Ou seja, o termo *economia* tem origem na palavra grega *oikovoμία* (junção dos termos *oikos*, que significa casa, com *vóμος*, que pode ser traduzida

¹⁷¹ O fenômeno da *irresponsabilidade organizada*, conceito elaborado por Ulrich Beck, reside no fato da sociedade não conhecer a realidade do perigo, ocultar suas origens, negar sua existência, suas culpas e suas responsabilidades na produção do perigo. Neste sentido LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Forense, 2002, p.20.

¹⁷² SILVEIRA, op. cit., 2014, p. 89.

¹⁷³ Acrescenta este autor que “Não são, de resto, apenas os meios econômicos que apelam a modos alternativos de regulação do ambiente; os próprios poderes públicos sentem, por vezes, essa necessidade. No cruzamento destas duas correntes desenvolve-se um direito ambiental negociado de formas múltiplas. Uma vez tratar-se-á de negociar o próprio conteúdo da regra, ou ainda a resolver os diferendos que a sua execução teria suscitado. Contratos ambientais são, desde logo, negociados e acordados entre diversos parceiros e aos mais variados níveis: por vezes, é o poder público que se põe de acordo com a empresa ou com um sector industrial completo, e isto tanto para estabelecer um acordo global (reduzir deste modo, por exemplo, os resíduos nocivos provenientes deste sector) como para negociar, caso a caso, as condições de concessão de uma licença de exploração ou as conclusões de um estudo de incidência sobre o ambiente” (OST, op. cit., 1990, p. 133).

como costume, lei, gerenciamento ou administração), que em português pode significar gerenciamento da casa ou administração doméstica.¹⁷⁴

Ao tratar da origem desta palavra, Derani ressalta que “o objetivo original da palavra economia, refere-se justamente à manutenção da existência (manutenção das bases da vida – ‘Lebensgrundlagen’)”¹⁷⁵.

Os antagonismos entre economia clássica e ecologia se assentam na relação destas com os fatores tempo e espaço. Enquanto a ecologia de um modo geral, seja no cenário local ou global, tem seu tempo de capacidade de criação, regeneração e reciclagem baseado em ciclos e processos mais longos, a economia, em sua formatação atual de mercado, não respeita os fatores tempo e espaço do ambiente, tomando de assalto a natureza em seu frenético processo de produção, consumo e descarte.

A economia precisa da ecologia e não o contrário, e tal relação não pode ter como objetivo a geração de lucros individuais e sim à manutenção das bases da vida com dignidade.

Não há, portanto, ambivalência entre os valores econômicos e ecológicos e sim entre o atual modelo econômico e os valores socioambientais, se fazendo necessária a intervenção estatal a fim de corrigir tais distorções e abusos.

Conforme aponta Clarissa D’Isep é dever do Estado coibir “os abusos da prática econômica constitui condição *sine qua non* para efetivar as garantias sociais. A concepção de Estado de Direito é calcada na regulamentação da vida em sociedade, e a vida em sociedade é, antes de tudo, econômica”¹⁷⁶.

Acrescente-se a tais garantias sociais a de viver e legar para as próximas gerações um meio ambiente equilibrado.

E a Magna Carta de 1988, seguindo um quadro de preocupação mundial com a proteção do equilíbrio ambiental, traz de forma expressa a inter-relação entre os objetivos econômicos e ambientais (arts. 170 e 225) para gerenciamento da nossa casa – Brasil – sendo dever do Estado sua concretização.

Nesta esteira Derani, ao tratar da contemplação pela norma fundamental dos objetivos econômicos e ambientais e sua inter-relação, acrescenta que:

Busca-se a concretização de políticas públicas capazes de revelar o texto constitucional em toda sua globalidade, ao invés de reproduzir os discursos que exaltam uma oposição [entre economia e ecologia], que não é material,

¹⁷⁴ DERANI, op. cit, 2008, p. 116.

¹⁷⁵ Ibid, p. 116.

¹⁷⁶ D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14.000*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 123.

mas ideológica. Se aceita, esta ideologia conduz à impossibilidade de se encontrar uma lógica de relacionamento do desenvolvimento produtivo com a utilização sustentada da natureza.¹⁷⁷

O direito ambiental, que tem na norma constitucional seu fundamento de validade, em sua relação com o direito econômico, ganha contornos de um “direito de coordenação”¹⁷⁸, de governança¹⁷⁹, impondo a implementação de instrumentos de regulamentação e regulação, a fim de torná-lo eficiente.

A inter-relação entre economia e ecologia, em especial o crescimento daquela e o equilíbrio ambiental, cada vez mais exige uma reestruturação do modelo econômico a fim de legar um meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações. Tal reestruturação não é faculdade e sim dever do Estado sob pena de desrespeito deste a seus deveres fundamentais.

Trataremos a seguir de um importante instrumento na política de proteção do equilíbrio ambiental e sua dualidade no contexto socioeconômico da atualidade.

3.5 A dualidade da política pública do licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental pode ser tido como um dos principais instrumentos de política pública¹⁸⁰ ambiental brasileira, tendo fundamental reconhecimento e poder na gestão do meio ambiente, merecendo destaque como ferramenta coercitiva de comando e controle, que obriga empreendedores tanto públicos quanto privados a submeterem seus projetos a um procedimento administrativo de análise e avaliação de impactos ambientais.

A Política Nacional do Meio Ambiente institui como instrumento de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado a licença ambiental¹⁸¹, que se traduz em

¹⁷⁷ DERANI, op. cit., 2008, p. 119.

¹⁷⁸ Conforme RAMALHO, Leila von Söhsten. PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt. A eficácia do ICMS ecológico como instrumento de política ambiental e o dever do Estado quanto à sua efetivação. In: BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Direito ambiental e funções essenciais à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 346.

¹⁷⁹ Cavalcanti conceitua governança ambiental como sendo o “arcabouço institucional de regras, instituições, processos e comportamentos que afetam a maneira como os poderes são exercidos na esfera de políticas ou ações ligadas às relações da sociedade com o sistema ecológico” (CAVALCANTI, C. *Economia e Ecologia: Problemas da Governança Ambiental no Brasil*. Revista Iberoamericana de Economía Ecológica, v. 1, p. 1-10, 2004).

¹⁸⁰ Conforme Henrique Saraiva “sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos” (SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP. Coletânea. vol. 1, 2006, p. 29).

¹⁸¹ Lei n.º 6.938/1981: “Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”.

procedimento administrativo com, na maioria das vezes, três fases¹⁸² distintas, sendo a primeira uma Licença Prévia (LP) - que deve ser solicitada ao órgão competente¹⁸³ na fase de planejamento da implantação do empreendimento, não autorizando a instalação do projeto e sim a aprovação da viabilidade ambiental deste, sua localização e condições a serem cumpridas no desenvolvimento do projeto -, a segunda a Licença de Instalação (LI) - que autoriza o início da obra ou da instalação do empreendimento - e a Licença de Operação (LO) - que deve ser solicitada e deferida antes que o empreendimento inicie suas atividades e que prescinde de vistoria para verificação do cumprimento do projeto e dos requisitos do LP e LI.

O licenciamento ambiental (LA), nos termos do artigo 9º, IV da Lei n.º 6.938/1981, Resoluções n.º 001/86 e n.º 237/97 do CONAMA e artigo 10 da LC 140/2011, é pré-requisito para a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades¹⁸⁴ que utilizem recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes de causar degradação ambiental, prescindindo de Estudos Ambientais (EA)¹⁸⁵.

Além disso, devem constar do procedimento de licenciamento ambiental de implementação ou instalação de obras ou atividades potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA)¹⁸⁶, sendo que este deve conter como documento síntese um Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). Já a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA)¹⁸⁷, que teve sua origem nos Estados Unidos da América na década de 70, no Brasil foi incorporado ao licenciamento ambiental pelo EPIA e que tem como principais objetivo identificar e estimar a importância e dimensão de uma

¹⁸² Fonte: <http://www.ibama.gov.br/licenciamento-ambiental/processo-de-licenciamento>, consulta em 01 de fevereiro de 2015.

¹⁸³ A competência para promover o licenciamento ambiental leva em conta o local e tipo de atividade a ser desempenhada, além da realização de convênios entre União (IBAMA), Estados (OEMA), Municípios e o Distrito Federal (órgãos ambientais municipais), cuja previsão consta expressamente art. 23, VI e parágrafo único da CF/1988 c/c artigos 4º, 5º, 7º, 9º, 12º, 13º, 14º, 15º e 18º da Lei Complementar 140/2011 e Resolução 237/1997 do CONAMA.

¹⁸⁴ A Resolução 237/1997 do CONAMA ampliou a lista de atividades e empreendimentos considerados efetiva ou potencialmente causadores de significativa degradação ambiental.

¹⁸⁵ O inciso III do artigo 1º da Resolução 237/1997 do CONAMA traz o conceito de Estudo Ambiental que se trata de modalidade mais genérica que o EPIA e o RIMA já que, dependendo da atividade podem ser exigidos para o licenciamento ambiental estudos mais simples que estes dois últimos.

¹⁸⁶ A Constituição Federal Brasileira de 1988 (art. 225, § 1º, IV) foi a primeira no mundo a prever expressamente a exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, que pode receber também a denominação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

¹⁸⁷ Segundo Moreira o AIA pode ser definido como um “[...] instrumentos para a execução da política e do gerenciamento ambiental. De caráter eminentemente preventivo, destina-se, nos primeiros momentos do planejamento de uma determinada atividade poluidora - capaz de modificar o meio ambiente ou que venha a utilizar intensivamente recursos ambientais -, subsidiar a decisão quanto às alternativas de sua implementação. A partir da tomada dessa decisão, a AIA serve ao acompanhamento e ao gerenciamento das ações destinadas a fazer com que a implantação da atividade obedeça aos princípios de proteção ambiental previamente acertados.” (MOREIRA, I. V. D.. *Avaliação de impacto ambiental: instrumento de gestão*. São Paulo: Cadernos FUNDAP, 1989, ano 9, n.16, p.55). Cumpre destacar que o AIA é mais genérico que o EPIA e o RIMA.

determinada intervenção nos meios biológico, físico e socioeconômico, além das implicações que ocorreram nestes meios na implantação do empreendimento e, em caso de aprovação do empreendimento, oferecer alternativas menos impactantes ao meio ambiente.

Ademais, ao processo de licenciamento ambiental deve ser dada publicidade, garantindo-se, inclusive audiências públicas a fim de que os interessados possam se informar e se manifestarem sobre o empreendimento e sua implantação.¹⁸⁸

O licenciamento ambiental, como referido anteriormente, é um procedimento administrativo, isto é, uma série de atos e providências que se levam a efeito coordenadamente e em uma sequência determinada, visando ao alcance de um fim específico, qual seja, o de verificar se as atividades que serão realizadas por um determinado empreendimento são significativamente modificadoras do ambiente e, se sim, se é o caso de ele ser executado ou não.

No entanto, para compreender tal importante instrumento de política pública, sobretudo no Brasil, devemos entender suas virtudes e fraquezas no contexto espacial, temporal e social pátrios.

As políticas públicas, dentre elas o sistema do licenciamento ambiental voltadas para as “questões ambientais” começaram a ser estruturadas no Brasil a partir da Conferência de Estocolmo de 1972 - Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente Humano – já que, anteriormente, as preocupações e ações públicas e privadas se voltavam essencialmente para o avanço tecnológico e o crescimento econômico.¹⁸⁹

Os argumentos utilizados pelo então ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1987, Robert M. Solow, acerca das teses de desenvolvimento articuladas pelo mercado, bem fornecem diretrizes para a compreensão da pressão deste sobre os Estados, que colocam em plano secundário a preocupação com o meio ambiente e sua necessária preservação.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Conforme artigo 3º da Resolução 237/1997 do CONAMA.

¹⁸⁹ Para Oliveira e Bursztyn a avaliação das ações públicas e privadas “baseava-se exclusivamente em critérios puramente técnicos e econômicos, visando a maximizar os resultados esperados. Não havia nenhuma preocupação com os impactos ambientais e sociais decorrentes dessas ações, o que acarretou crescimento da degradação dos recursos naturais e queda no nível de bem estar da população” (OLIVEIRA, A. A.; BURSZTYN, Marcel. Avaliação de impacto ambiental de políticas públicas. *Revista Internacional de Desenvolvimento Local*. Brasília: 2001, vol. 2, nº 3, p. 45).

¹⁹⁰ Veiga nos traz os argumentos do então Prêmio Nobel de Economia: “Qualquer elemento da biosfera que se mostrar limitante ao processo produtivo, cedo ou tarde, acabará substituído, graças a mudanças na combinação entre seus três ingredientes fundamentais: trabalho humano, capital produzido e recursos naturais. Isto porque o progresso científico tecnológico sempre conseguirá introduzir as necessárias alterações que substituam a eventual escassez ou comprometimento do terceiro fator, mediante inovações dos outros dois ou de algum deles. Em vez de restrição às possibilidades de expansão da economia, os recursos naturais podem no máximo criar obstáculos relativos e passageiros, já que serão indefinidamente superados por invenções” (VEIGA, José Eli. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 122)

Se na atualidade os argumentos de manutenção dos padrões de crescimento econômico persistissem no mesmo ritmo das cinco décadas que sucederam a Segunda Guerra Mundial, sem o necessário respeito ao planeta e seus limites, o futuro próximo, se ele chegar, poderia ser traduzido num martírio de escassez e sofrimento para uma grande parte da população mundial.

Na atualidade¹⁹¹ do licenciamento ambiental no Brasil, as alterações lançadas com a Resolução n.º 237/97 do CONAMA tiveram como uma de suas principais motivações a de “agilizar” o procedimento de licenciamento e a Lei Complementar n.º 140/2011 descentraliza o licenciamento ambiental, permitindo a atuação do município para licenciar empreendimentos de “impacto local” e também tem como motivação “agilizar” o licenciamento. Isso para atender aos reclamos, principalmente de mega-empreendimentos, de que o procedimento se tornasse excessivamente lento e custoso.

E ainda, as reiteradas intervenções do Ministério Público, na esfera judicial, acerca de licenciamentos concedidos pelos órgãos da administração competentes, fez com que aumentasse a preocupação dos técnicos destes órgãos acerca de “regras claras” de concessão a fim de que não houvesse a judicialização do licenciamento ambiental em muitos casos.

Tal preocupação pode se mostrar evidente em entrevista realizada em 2011, pelo então presidente do IBAMA/SP, para o Jornal *O Estado de São Paulo*, cujo título era “Licenciar é fácil quando as regras são claras”, quando este traz à tona o problema da judicialização do licenciamento ambiental.¹⁹²

Junte-se a isso o fato de que os órgãos licenciadores possuem problemas operacionais e dificuldades de acompanhamento após o licenciamento. A ausência de material humano qualificado e em números suficientes é justificada pelo Estado através do argumento da limitação de verbas destinadas a tais órgãos.

Alguns órgãos buscam formas criativas para compensar suas limitações adotando instrumentos de fiscalização por amostragem após o licenciamento. Como é o caso dos Estados de São Paulo e Ceará que adotaram o automonitoramento¹⁹³ - que delega a

¹⁹¹ Atualidade que para Bauman se traduz em “Modernidade Líquida” (vide BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001) e que para Giddens se trata de uma “Modernidade Radicalizada” (vide GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 132-133).

¹⁹² TRENNEPOHL, Curt. “Licenciar é fácil quando as regras são claras”. O Estado de S. Paulo. São Paulo: 01 de março de 2011. *Caderno Economia B5*. Entrevista concedida a Martha Salomon. Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110301/not_imp685945,0.php, consulta em 23 de outubro de 2014.

¹⁹³ O Estado de São Paulo foi o pioneiro em adotar o sistema de automonitoramento após licenciamento, nos termos do artigo 2º, parágrafo primeiro, inciso II da Lei Estadual n.º 9.477/1996. No Estado do Ceará o automonitoramento tem previsão na Resolução n.º 4/2012 do Conselho Estadual do Meio Ambiente – COEMA.

responsabilidade do acompanhamento aos próprios empreendedores através de declarações de estado ambiental, com padronização de termos de referência para atividades específicas. Nestes casos a fiscalização é realizada por amostragem.

Se o aparato estatal “não dá conta” do volume de processos de licenciamento ambientais, tendo adotado estratégias de descentralização, a fim de promover a municipalização progressiva de alguns tipos de licenciamento e outras ações na gestão ambiental, a participação da coletividade se mostra de suma importância no processo de licenciamento a fim de garantir os objetivos desta importante política pública de proteção ambiental.

No cenário legislativo brasileiro há alguns mecanismos que visam garantir a participação direta¹⁹⁴ e indireta¹⁹⁵ da população na proteção da qualidade ambiental, sendo que as audiências públicas se traduzem em momento do procedimento de licenciamento ambiental voltado a informar e acolher sugestões dos participantes, não possuindo, porem, poder de condicionar a decisão administrativa às sugestões dos participantes da audiência.

Pode-se destacar como forma de participação popular, mesmo que por representação, a ação civil pública¹⁹⁶, sendo que este instrumento se insere entre os principais na defesa da proteção ambiental.

A legislação atual acerca do licenciamento ambiental considera que a decisão da administração pública, através do órgão licenciador, não está vinculada ao que restou delineado como críticas e sugestões na audiência pública, tendo esta caráter consultivo¹⁹⁷, o que delimita de forma considerável a participação popular efetiva em tais procedimentos, sob o argumento de que a decisão é atribuição do poder discricionário do órgão ambiental.

Entretanto, na audiência pública do licenciamento ambiental, não se pode simplesmente desconsiderar as deliberações sociais sem que haja motivação sobre o seu não acolhimento.

¹⁹⁴ Podemos aqui citar, a título exemplificativo, como formar de participação direta: iniciativa popular nos procedimentos legislativos (art. 61, caput e § 2º da CF/1988); plebiscito e referendos (art. 14, incisos I e II da CF/1988); atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados dotados de poderes normativos; participação em audiências públicas (art. 11, § 2º, da Resolução 001/86 do CONAMA).

¹⁹⁵ Como exemplo temos a Ação Civil Pública Ambiental, com previsão na Lei n.º 7.347/85.

¹⁹⁶ A Ação Civil Pública para tutela do bem ambiental tem previsão no artigo 1º, I da Lei n.º 7.347/85, mas encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o projeto de Código de Processo Civil Coletivo (PL n.º 5.139/2009) que disciplinará, caso promulgado, a ação civil pública para a tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

¹⁹⁷ Neste sentido, sustenta Machado: “A audiência pública – devidamente retratada na ata e seus anexos – não poderá ser posta de lado pelo órgão licenciador, como o mesmo deverá pesar os argumentos nela expendidos, como a documentação juntada. Constituirá nulidade do ato administrativo autorizado – que poderá ser invalidada pela instância administrativa superior ou via judicial – quando o mesmo deixar de conter os motivos administrativos favoráveis ou desfavoráveis ao conteúdo da ata e de seus anexos.” (MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 102)

Em que pese as audiências públicas não possuem caráter vinculativo da decisão administrativa, abrem um canal para manifestação pública e obrigam o poder público a considerar os argumentos naquela lançados, sobretudo acerca da análise do EPIA e do RIMA, sob pena de controle judicial do ato administrativo.

Então, caso não haja motivação do órgão licenciador acerca dos argumentos trazidos na audiência pública, e fundamentação que pondere a licença do empreendimento com a proteção do equilíbrio ambiental, restariam feridos os princípios constitucionais da razoabilidade, moralidade, finalidade e supremacia do interesse público, o que poderia ensejar o controle judicial do(s) ato(s) administrativo(s).

Portanto, o Poder Judiciário não apenas pode, como deve, realizar o controle de legalidade do ato e atribuir a este nulidades já que a situação teleológica da audiência pública exige a análise de argumentos e documentos pela sociedade, garantindo a esta o contraditório atinente a este tipo de ocasião.

Afinal, “de nada vale à democracia, uma afirmação formal de que todo poder emana do povo, se o suposto titular do poder (povo) for mantido distante das decisões que o afetam, sem qualquer influência sobre estas, nada podendo fazer”.¹⁹⁸

A política ambiental brasileira de modo geral, e não é diferente com o processo de licenciamento ambiental, é marcada pela evolução que acompanha uma tendência a nível mundial de “ambientalização”. Entretanto, tais instrumentos são profundamente moldados pelo perfil político-institucional, pelas características e pressão econômicas do e sobre o país. Podendo se traduzir o quadro atual a partir de uma lenta evolução de instrumentos jurídico-normativos e econômicos, fragilidade contra os lobbies econômicos e políticos, descontinuidade administrativa e alto grau de necessidade de ações de ordem preventivas, precaucionais e coercitivas.

Tentamos nas linhas acima descrever a política pública do licenciamento ambiental como importante ferramenta de gestão, em especial suas virtudes e deficiências e sua natureza jurídica de ato administrativo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dependendo do local e tipo de empreendimento.

Sendo o licenciamento ambiental ato administrativo que pode importar em alteração de situações jurídicas que perduraram ao longo do tempo, ou mesmo de expectativas pautadas em direitos individuais e/ou coletivo, o que pode gerar frustrações em casos de

¹⁹⁸ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.12.

modificações, a fim de enriquecer a discussão, trataremos a seguir do tempo social e sua inter-relação com o direito na proteção ambiental.

3.6 O tempo social, o direito e a tutela ambiental

Para a discussão acerca do tempo social no atual contexto em que vivemos, há de ser analisada a complexa inter-relação entre este, o direito e a tutela do equilíbrio ambiental para a sociedade do hoje e do amanhã.

As sociedades contemporâneas, sobretudo as ocidentais, são forjadas pelo dinamismo e instantaneidade da “informação” em escala global, influenciando e sendo influenciada por padrões de comportamento que cada vez mais privilegiam o presente.

Como já referimos em escrito anterior¹⁹⁹, tais padrões de comportamento são permeados pela lógica do agora, pelo individualismo, pelo consumismo e rápido descarte de mercadorias e modos de ser/agir, influenciados por um modelo de produção econômica²⁰⁰ que não respeita os modos de vida tradicionais, as organizações sociais nacionais e o equilíbrio do meio ambiente.

Como afirma Bauman²⁰¹ estamos vivendo em tempos de modernidade líquida, na qual a sociedade também é líquida, se caracterizando por relações fluidas, frágeis, descartáveis – que acompanham o tempo rápido da produção, consumo e descarte de mercadorias e modos de ser - em oposição às relações de parentesco, grupo e comunidade tradicionais encerradas em laços e obrigações sociais pautadas na afetividade.

¹⁹⁹ CARVALHO, M. M. B. *Tempo social, confiança e tutela ambiental: a ambivalência para o direito na (re)configuração do espaço urbanístico-ambiental*. In: Edson Ricardo Saleme, Flavia Piva Almeida Leite, Daniel Gaio. (Org.). XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CAMARA. 1ª ed. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2015, v. , p. 456.

²⁰⁰ Após a queda do feudalismo o capitalismo se tornou o modo de produção, sobretudo nos países ocidentais, tendo se remodelado na atualidade para alcançar esferas da atividade humana e da produção não atingidas em sua feição original. Guattari salienta que “O capitalismo contemporâneo é mundial e integrado porque potencialmente colonizou o conjunto do planeta, porque atualmente vive em simbiose com países que historicamente pareciam ter escapado dele (os países do bloco soviético, a China) e porque tende a fazer com que nenhuma atividade humana, nenhum setor de produção fique fora do seu controle” (GUATTARI, Félix. *Revolução Molecular: pulsações políticas do desejo*. Sel. Prefácio e Trad. Suely Belinha Rolnik. 1ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 211).

²⁰¹ Em contraposição à modernidade líquida este autor traz a idéia de modernidade sólida, na qual as identidades eram feitas para durar e foram derretidas na atualidade. Acrescenta: “O ‘derretimento dos sólidos’, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humana [...]” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 12).

Não se traduz em tarefa das mais fáceis apresentar um conceito uniforme de tempo, sobretudo por seus múltiplos relacionamentos, sua inter-relação com os fenômenos sociais e, muitas vezes, pela subjetividade presente na percepção do(s) tempo(s) e seu(s) conteúdo(s).²⁰²

Nesta linha, o tempo pode apresentar, como apresenta, uma dupla dimensão. Que, assim, pode ser considerado como concreto e objetivo (*cronos*) – tempo cronológico, mensurável, singular e quantitativo – ou subjetivo (*aion*) e intersubjetivo – tempo social, distinto e qualitativo. Sendo que este último apresenta maior relevância para o tema em estudo, uma vez que imprime significados a frações de tempos quantitativos (dias, meses, estações, etc) tornando-as qualitativas e determinando o ritmo social.

A construção do tempo social não pode ser alicerçada sob bases subjetivas ou ideais já que tais bases se mostram heterogêneas, sobretudo em relação ao espaço em que são fincadas – devemos levar aqui em consideração as diversas sociedades e seus contextos espaço temporais específicos.

David Harvey²⁰³ salienta que existe uma multiplicidade de espaços e tempos e, por muito, a ciência teve como objetivo combater esta multiplicidade e unificar a definição de tempo e espaço com base em um tempo social e modo de produção dominantes²⁰⁴.

Em relação ao tempo cada vez mais rápido nos contextos sociais da atualidade Harvey²⁰⁵ destaca que:

[...] notamos rápidamente que el capitalismo ha sido revolucionario en relación al espacio y al tiempo, redefiniéndolo permanentemente acorde a sus necesidades y requerimientos. [...] Una de las magnitudes cruciales en las que los capitalistas están interesados es en la rotación del capital a través del tiempo, cuanto más rápido éste rota, mayores ganancias se pueden obtener. Y si miramos a la historia de las innovaciones tecnológicas del capitalismo podemos encontrar que, muchas de ellas, se orientan precisamente a

²⁰² Sobre o tema, Marcel Conche adverte que: “Haverá um tempo físico, um tempo biológico, um tempo fisiológico, um tempo psicológico, um tempo social. Há ainda que distinguir: o tempo físico, por exemplo, compreende o tempo dos fenômenos astronômicos, o tempo da microfísica, o tempo da termodinâmica, o tempo da mecânica, o tempo da química, etc. Gurvitch insistiu sobre a ‘multiplicidade dos tempos sociais’, tendo cada atividade social o seu tempo próprio” (CONCHE, Marcel. *Orientação filosófica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 179-180).

²⁰³ HARVEY, David. *La construcción social del espacio y del tiempo: Una teoría relacional*. Traducción: Dra. Perla Zusman. Adaptación y corrección Lic. Gabriela Cecchetto. *Geographical Review of Japan*, Vol 67 (Ser. B), Nº 2, 1994, p. 135.

²⁰⁴ O que denominamos como “tempo” se traduz no elemento comum de medição de uma diversidade de processos específicos e variados que causam a impressão social de que o “tempo” existe independentemente de qualquer sequência de referência socialmente padronizada (produção dominante) ou de qualquer relação com tais processos. Cumpre destacar que o modo de produção dominante de uma sociedade é o domínio ou esfera da produção simbólica e real inserida num sistema de valores.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 136.

aumentar la velocidad de circulación del capital y acelerar su rotación. Las innovaciones en la producción técnica, en la publicidad y em el consumo, en las finanzas han cumplido esta tarea. ¿Qué sería del capitalismo si conservara el mismo tiempo de rotación que el que tenía cien años atrás? La respuesta sería que este hubiera dejado de existir. La aceleración del tiempo de rotación por la innovación tecnológica produce un aumento de la velocidad, de manera que nosotros nos encontramos llevando una vida que se mueve de cada vez más rápido.

Portanto, a complexidade do tempo social na contemporaneidade visa cada vez mais reduzir as barreiras espaciais a fim de alterar as condições espaço-temporal e a percepção coletiva da realidade – o fluxo da experiência humana sobre o movimento dos objetos e acontecimento (do tempo) - através de informações em escala global (tendente ao mecanicismo e a homogeneização) e não apenas pelas experiências físicas.²⁰⁶

Assim como o tempo, o direito também deve ser visto com as lentes do dinamismo que lhe é inerente dentro do contexto social que vige, protegendo a tradição (passado), mas também firmando no presente promessas para um futuro que garanta estabilidade e mudanças às relações sociais contemporâneas.

Tais circunstâncias (estabilidade e mudanças) criam para o direito uma demanda ambivalente ao pedir-lhe que mude (revisão) ao mesmo tempo que pede-lhe que permaneça (preservação da tradição), e aqui o tempo dialoga com o direito, um intervindo diretamente no outro já que o direito afeta as forma de criação do tempo (temporalização), ao passo que o tempo é determinante na instituição do direito.²⁰⁷

Como já referimos em outra oportunidade²⁰⁸:

[...] a relação entre tempo e Direito é estreita já que um intervêm diretamente no outro – se o Direito (através da Lei) traça os caminhos norteadores de um futuro e a Lei também é sedimentada pelo tempo, a busca de um Governo que possa se mostrar estável e atenda aos anseios sociais está imbricado na conjugação entre a temperança e a justiça.

Esta dialética entre o tempo e o direito se mostra ainda mais evidente quando analisamos a norma jurídica, uma vez que estas sujeitam o tempo positivamente – regulam a temporalização do direito – ao condicionar, delimitar, caracterizar e quantificar o direito nos sentidos temporais (passado, presente ou futuro).

²⁰⁶ Neste sentido vide nosso artigo *Tempo social, confiança e tutela ambiental: a ambivalência para o direito na (re)configuração do espaço urbanístico-ambiental*. In: Edson Ricardo Saleme, Flavia Piva Almeida Leite, Daniel Gaio. (Org.). XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CAMARA. 1ª ed. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2015, v. , p. 458.

²⁰⁷ Ibid., p. 458.

²⁰⁸ Ibid., p. 457.

Tal assertiva pode ser verificada em algumas normas constitucionais de temporalização e atemporalização (fuga do tempo instituinte) do direito, como, por exemplo, pode-se extrair da análise do artigo 5º, incisos XXXVI, XXXIX, XL, XLIV e LVII da Carta Constitucional Brasileira de 1988.

Piotr Sztompka²⁰⁹ leciona que a sujeição do direito ao tempo tem estreita relação com as situações que formam o fato jurídico podendo determinar a duração jurídica no tempo, que pode, grosso modo, ser instantâneo (instante jurídico ou fato jurídico homogêneo considerado até o seu evento – relação de ordenação entre o antes e o depois), linear (duração jurídica - durabilidade do fato jurídico heterogêneo com relação à sequência de eventos que não se repetem) ou cíclico (estoque jurídico - garante repetitividade às hipóteses de fatos jurídicos homogêneos e heterogêneos).

François Ost²¹⁰ ao analisar a dialética entre o tempo e o direito aduz que este revela o tempo – transforma o tempo sem o renegar, numa alternância entre estabilidade e mudança – ao passo que o tempo revela o direito num contínuo processo de ajustamento do comportamento social e defende uma justa medida entre temperança e justiça²¹¹.

Este autor estabelece uma visão dinâmica ao analisar a inter-relação entre o direito e o tempo em quatro categorias de tempo normativo e temporal: memória, perdão, promessa e questionamento.²¹²

Enquanto a *memória* tem a função de ligar o passado e assegurar identidade histórica, o *perdão* tem como função imprimir ao passado um novo sentido, desligando-o, mas sem o condão de dissolvê-lo. Já a *promessa* visa ligar o futuro através de compromentimentos normativos instituídos pelo direito, sendo que o *questionamento* visa assegurar as revisões necessária na dinâmica social sem, portanto, frustrar as promessas.

O principal papel do direito para Ost²¹³ é instituir uma sociedade, instituir aquilo que a memória (memória como reconstrução coletiva reflexiva do passado) guarda e a tradição (código de sentidos e de valores que se transmitem através das gerações) visa conservar, bem como, de modo dinâmico, planejar um futuro que preserve ou modifique valores e princípios enraizados numa determinada memória coletiva.

²⁰⁹ SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Tradução de Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, pp. 104-107.

²¹⁰ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 50-86.

²¹¹ Sobre o equilíbrio entre temperança (sabedoria do tempo) e justiça (sabedoria do Direito) vide OST, François. *Contar a Lei – As fontes do Imaginário Jurídico*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2005, p. 76.

²¹² OST, François. op. cit., 2005, p. 50-86.

²¹³ Ibid, p. 50-86.

E é a justa medida entre mudança e permanência o ponto central da dialética entre tempo e direito, face a constante tensão no direito entre a memória e o perdão (passado) – estabilidade - e a promessa e o questionamento (futuro) – mudança -, sobretudo no que se refere ao modo de organização social atual e a tutela do equilíbrio ambiental.

Nesta esteira, a urgência ecológica clama por diálogo entre o tempo longo de regeneração e incubação dos processos naturais e o tempo rápido do mercado econômico e das previsões humanas, para assim garantir um ambiente sadio às presentes e futuras geração, o que se traduz em tarefa complexa que exige revisão contínua do direito.

François Ost destaca que:

O paradigma ecológico caracteriza-se [...] pela processualidade complexa, que engendra inevitavelmente a incerteza. Ora, cabe ao direito transformar essa incerteza ecológica em certeza social. Mas não o conseguirá, no entanto, senão aumentar a sua própria flexibilidade.²¹⁴

A função basilar do direito é, através da norma, reduzir complexidade²¹⁵ social, selecionando e protegendo expectativas (caráter de antecipação - programação) dos desapontamentos e transgressões e dando a estas sentido, coerência e estabilidade num espaço e tempo determinados.²¹⁶

Se num passado próximo – refiro-me à primeira metade do século passado – a preocupação com o equilíbrio ambiental não possuía tanta relevância, a partir da década de 70 – também do século passado – os problemas decorrentes do “desenvolvimento” econômico desenfreado e os impactos deste no meio ambiente ultrapassam as esferas da preocupação estatal e científica e soam o alarme da opinião pública e da mobilização política. Não se pode mais esconder os impactos do “progresso” sobre o meio ambiente e a saúde humana.

Há, portanto, na atualidade, uma constante tensão entre o tempo rápido produzido pelo mercado (produção, consumo e descarte de mercadorias e modos de ser e agir) e o tempo próprio dos ciclos e processos de incubação e restauração natural, cabendo ao direito que se pretende eficaz tutelar o equilíbrio ambiental.

²¹⁴ OST, François. *A natureza à margem da lei*. Tradução de Joana Chaves. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1990, p. 114.

²¹⁵ Complexidade aqui pode ser entendida como o conjunto dos possíveis estados e acontecimentos de um sistema determinado.

²¹⁶ Segundo Niklas Luhmann “[...] a função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal, social e prática. A seleção da forma de generalização apropriada e compatível a cada caso é a variável evolutiva do direito. Na sua mudança evidencia-se como o direito reage às modificações do sistema social ao longo do desenvolvimento histórico” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 116).

São inúmeros os avanços legislativos a partir da década de 70 do século passado na proteção do equilíbrio ambiental, havendo a partir de então pelo(s) Estado(s) a divisão, administração, contabilização e vigilância da natureza. No entanto, pode-se afirmar que os problemas gerados pelo “progresso” econômico foram freados ou eliminados?²¹⁷

Em especial no direito pátrio, mas este não é o único, as normas de tutela ambiental com disposições claramente imperativas se mostram raras e, por vezes, a aplicação deste emaranhado, confuso e amplo leque de disposições normativas em matéria ambiental podem depender das circunstâncias de cada caso concreto e da vontade do aplicador, o que pode levar a ausência de tutela.

Ost salienta que:

Paradoxalmente, o “pan-juridicismo”, ou invasão de um campo determinado por uma acumulação de regras em modificação permanente, conduz então ao “não direito”, em que alguns actores dispõem do poder unilateral de aplicar ou não os textos, ou de escolher o que melhor os convier em função das circunstâncias. [...] O direito do ambiente seria, assim, comparado a uma tapeçaria de Penélope, em que o que é feito num dia é subrepticiamente desfeito no outro? É forçoso constatar que, pelo menos em alguns sectores, essa conclusão se impõe.²¹⁸

Se o direito, como estrutura de um sistema maior e mais complexo (sistema social) tem como função, num determinado contexto espaço-temporal, reduzir complexidade, generalizando e orientando expectativas comportamentais no tempo (reduzindo contingência), a fim de assegurar maior estabilidade social contra transgressões e desapontamentos, regular ordem e desordem, não poderia, ao menos em tese, servir e servir-se mutuamente dos interesses do mercado e do Estado.

Luhmann ao analisar a função do direito nos sistemas sociais advertiu acerca dos riscos de um direito que não conjugue antecipação do futuro e orientação das expectativas comportamentais.²¹⁹

²¹⁷ Conforme salienta Ost “[...] são publicados inúmeros textos cuja vocação é assegurar uma melhor salvaguarda do meio. Mas inúmeras fraquezas debilitam o seu alcance e a sua eficácia: dificuldades conceptuais inerentes à percepção, pela disciplina jurídica da realidade ecológica variável e complexa, fuga em direção ao futuro a que se entrega o jovem direito do ambiente, multiplicando as disposições normativas numa ordem dispersa e a um ritmo excessivo, com vista a tentar conter a vaga crescente dos prejuízos. De onde resulta o fenómeno bem conhecido da inflação normativa e o seu cortejo de efeitos perversos: demasiados textos, demasiado depressa modificados, demasiado desconhecidos, demasiado e desigualmente mal aplicados. Como em matéria monetária a proliferação do signo (aqui, o signo normativo) implica, inevitavelmente, a sua desvalorização.” (OST, François. Op. cit., 1990, pp. 123-124.

²¹⁸ OST, François. Op. cit., 1990, pp. 125 e 132-133.

²¹⁹ Segundo Luhmann: “O preço de um futuro em aberto, rico em possibilidades e contingente é a possibilidade de que expectativas sejam frustradas, é a inconfiabilidade da estrutura. Quanto mais a complexidade e a contingência forem expressas na dimensão temporal, quanto mais eventos e futuras possibilidades de alteração

O direito que pretenda tutelar o equilíbrio ambiental deve desprender-se das forças instituintes do mercado freando o tempo rápido imposto por este e reduzindo o domínio unilateral do homem sobre a natureza. E isso pode se dar através da promessa de instituir uma sociedade com a responsabilidade de proteger o equilíbrio ambiental.

A Constituição é a maior promessa e ligação social entre passado e futuro, é o “Receptáculo de todas as promessas que o corpo social fez a si mesmo”, [...] “é, por excelência o instrumento jurídico de ligação do futuro”²²⁰, mas podem também significar ruptura, ao instaurarem uma ordem nova despontando a anterior, e, na maioria das vezes (por não possuir regras imperativas) sua aplicação dependerá de interpretação e seu conteúdo poderá ser flexibilizado pela via da prática e da jurisprudência constitucionais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 traz de forma expressa (art. 225) mandamentos ao Estado e à coletividade de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, há também um enorme número de normas infraconstitucionais que dispõem acerca de tal tutela.

A promessa foi firmada e registrada pelo direito no tempo, não podendo sucumbir às temporalidades manifestas por um modelo de Estado e mercado centrado no crescimento da produção, consumo e descarte em detrimento da tutela do equilíbrio ambiental. Um modelo preocupado com a segurança, estabilidade e previsibilidade das relações do capital para o capital.

Portanto, se mostra de suma importância a análise da inter-relação entre tempo e direito nos sistemas sociais da atualidade, sobretudo os ocidentais, a fim de manter a tradição herdada, mas também abrir espaços de questionamento e revisão.

Tratamos até aqui da necessária dialética entre tempo social, direito e tutela ambiental, num contexto contemporâneo e, como vimos acima, um projeto futuro que contemple o “meio” deve ter como base a confiança.

Diante de tal quadro, como deve se portar o direito, sobretudo o constitucional, ao se deparar com situações de conflito (aparente ou não) entre direitos fundamentais sustentados na confiança subjetiva nos atos estatais (segurança/estabilidade/previsibilidade) e na mudança de paradigma necessária à tutela do equilíbrio do meio ambiente (projeto futuro com a antecipação de proteção pelo direito)?

forem consideradas, tanto mais serão sobrecarregadas as estruturas de expectativas em sua função de absorção de incertezas e frustrações.” (Op. cit., 1983, p. 134)

²²⁰ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 265.

Passaremos, então, à análise de como age ou deve agir o Judiciário brasileiro na solução entre tais pretensões embasadas em direitos fundamentais.

4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA E A TUTELA AMBIENTAL NA HERMENEUTICA JURÍDICA BRASILEIRA

4.1 A função dos direitos e deveres fundamentais na ordem jurídica brasileira: proteção da confiança e proteção do equilíbrio ambiental

No primeiro capítulo deste trabalho analisamos a elevação da confiança substancial à categoria de princípio jurídico pela Constituição de 1988 e sua importância para proteger, prioritariamente, expectativas legítimas que nascem no cidadão, e produzem eficácia, a partir do ato estatal.

No segundo capítulo trouxemos à discussão o direito/dever fundamental a vivermos num meio ambiente sadio e legarmos às próximas gerações condições de vida também num meio ambiente equilibrado, sendo dever de todos, mas principalmente do Estado, a tutela ambiental.

Por se tratarem de direitos/deveres fundamentais (proteção da confiança²²¹ e proteção ambiental²²² - princípios positivados no sistema jurídico brasileiro) passaremos a seguir para a análise da função desta modalidade de direitos/deveres na ordem jurídica brasileira, sem, todavia, ter a pretensão de adentrar em cada um dos princípios inerentes à proteção da confiança ou da tutela ambiental, já que alguns deles serão vistos de forma pontual em casos levados à apreciação do Poder Judiciário.

Pois bem, os direitos (e deveres) fundamentais se traduzem no resultado de lutas e rupturas sociais ao longo da história, visando, através da norma constitucional, resguardar direitos essenciais (fundamentais) dos abusos de poder praticados, principalmente, pelo Estado, mas também por particulares.

²²¹ Num cenário social de incertezas institucionais, sociais e econômicas (e incerteza aqui pode ser traduzida em insegurança) o direito constitucional brasileiro elevou a segurança (inclusive e principalmente a jurídica) como princípio e direito/dever fundamental e, por conseguinte, suas dimensões (objetiva: segurança jurídica em sentido restrito; e subjetiva: proteção da confiança) também foram elevadas a esta categoria. Neste sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, BA: n.º 21, março/abril/maio 2010, p. 6-8. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>. Consulta em 23 de dezembro de 2015.

²²² Conforme salienta Novais, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado vem do próprio direito fundamental à vida. (NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 296). No mesmo sentido, complementa Antunes ao afirmar que “o direito ao ambiente, como direito fundamental, é algo mais. É, também, o fundamento e o novo modo de ser dos direitos fundamentais e, sobretudo, à medida e o limite dos direitos fundamentais de índole econômica” (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. O direito do ambiente como direito da complexidade. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. Publicação Semestral, nº 10, Dezembro. Coimbra: Almedina, 1998, p. 41 e 42).

Na grande maioria dos sistemas jurídicos ocidentais, os direitos e deveres fundamentais foram positivados nas cartas constitucionais ou pelas decisões dos tribunais como fundamentos axiológicos do sistema, expressados como fundamentais num determinado tempo e sociedade determinados.

A Carta Magna de 1988 é pioneira em assinalar objetivos fundamentais do Estado brasileiro, enfatizando a aplicação de princípios de conduta do Estado e dos particulares na consecução do Estado Democrático (social ou socioambiental) de Direito, o que importam em alguns direitos e deveres de ordem constitucional.²²³

Ao tratar das funções clássicas dos direitos fundamentais especificamente na relação entre Estado e particulares, Georg Jellinek apresenta tal distinção através de uma teoria dos *Quatro Status* – passivo, negativo, ativo, positivo – partindo do pressuposto de que todo direito é direito positivo.²²⁴ E tal teoria serviu como base para as principais propostas de classificação dos direitos fundamentais pelas doutrinas nacional e alienígena atuais, sendo importante a verificação da mesma no presente estudo, mesmo que de forma apenas pontual.

O primeiro dos status (passivo, ou *status subjectionis*) tem como elemento norteador a posição de subordinação do particular em relação ao Estado, na qual este é detentor de prerrogativas e atribuições, capazes de determinar a conduta daquele através de mandamentos e proibições. Verifica-se, portanto, a imposição de deveres pelo Estado aos particulares e a sujeição destes ao poder soberano estatal sob o palio da manutenção da harmonia social.

No segundo status (negativo, ou *status libertatis*) tem-se a diminuição do status passivo, com a limitação do poder estatal sobre os particulares e consequente impossibilidade do Estado de interferir em determinados direitos de liberdade do cidadão, salvo para a garantia do exercício dos próprios direitos. Nesta esteira, o cidadão detém, em razão do ordenamento jurídico-positivo existente, a capacidade de exigir que o Estado não invada algumas esferas de seus direitos, respeitando o espaço de liberdade necessário à autodeterminação do indivíduo.

O terceiro status (ativo) garante ao cidadão prerrogativas cujo exercício é capaz de determinar a vontade estatal, inserindo-o na própria formação e desenvolvimento do Estado, de modo que, direta ou indiretamente, os cidadãos passam a participar do processo de

²²³ Neste sentido, vide SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 93, bem como o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

²²⁴ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981, p. 306 e seg.

formação da vontade política do Estado, inclusive de eleger governantes e ser eleito, tendo tal status como expressão máxima o sufrágio universal e o voto direto.

Por fim, o status positivo (ou *status civitatis*) refere-se aos direitos dos cidadãos a ações positivas do Estado na manutenção ou realização de direitos subjetivos (individuais, sociais ou intergeracionais, estes últimos no cenário jurídico atual). É, portanto, a capacidade jurídica atribuída ao indivíduo à pretensão de que o Estado atue em seu favor – a exigência para que o Estado atue na tutela de direitos fundamentais positivados – através de suas esferas de poder.

Em que pese tal teoria ter sido formulada a mais de 100 anos, num contexto individualista – não contemplando direitos fundamentais na ordem horizontal, nem direitos coletivos -, e ser objeto de críticas²²⁵, as idéias de Jellinek possuem valor para o ordenamento jurídico atual ao fornecerem base para a classificação dos direitos fundamentais a partir de cada um dos status, bem como clarificar as funções de tais direitos/deveres na ordem jurídica brasileira.

Tal teoria trouxe inspiração à doutrina²²⁶ na diferenciação dos direitos/deveres fundamentais conforme a função que os mesmos cumprem no ordenamento jurídico, podendo, grosso modo, classificá-los da seguinte forma: a) direitos de defesa; b) direitos a normas de proteção de institutos jurídicos; c) direitos a prestações positivas; d) direitos à organização e ao procedimento e; e) deveres de proteção.²²⁷

Mesmo que originalmente criados num contexto burguês-liberal, a fim de preservar os direitos de liberdade pessoal e propriedade do indivíduo contra os poderes estatais, os *direitos de defesa* (ou de liberdades), enquanto direitos fundamentais, visam assegurar a liberdade, igualdade e demais posições jurídicas garantidas por direitos fundamentais, contra ingerências dos poderes públicos e abusos dos particulares. Podendo, em caso de violação deste(s) direito(s), atribuir ao indivíduo pretensões que podem consistir em: a) abstenção (*Unterlassungsanspruch*) – não agir do Estado ou de outros particulares; b) revogação (*Aufhebungsanspruch*) do ato; c) anulação (*Beseitigungsanspruch*) do ato; d)

²²⁵ Acerca das críticas à teoria de Jellinek, Alexy salienta que “A despeito de suas inúmeras obscuridades e algumas deficiências, a teoria dos status de Jellinek é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais. Os conceitos centrais desta teoria – os quatro status – são abstrações sobre posições de caráter elementar. Isso fundamenta tanto seus pontos fortes quanto seus pontos fracos” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 269).

²²⁶ Neste sentido: ALEXY, Robert. Op. cit. 2008, p. 255 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 159.

²²⁷ A função aqui utilizada tem como base a classificação utilizada por Mendes (MENDES, Gilmar. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Salvador/BA: Revista Diálogo Jurídico, n.º 10, jan., 2002).

consideração (*Berücksichtigungsanspruch*) – ponderação pelo afetado da situação do eventual afetado e; e) defesa ou proteção (*Schutzanspruch*) – imposição ao Estado de agir contra terceiros para proteger posições jurídicas inerentes a direitos fundamentais.²²⁸

Portanto, buscam os *direitos de defesa*, com a atuação de normas limitadoras dos poderes estatais (e também de abusos de outros particulares), atribuir e guarnecer um rol de direitos subjetivos do indivíduo que devem se concretizar mediante pretensões de abstenção, revogação ou mesmo anulação de atos dos poderes Executivo, Legislativo e/ou Judiciário, bem como de outros particulares.

Enquanto *direitos a normas de proteção de institutos jurídicos*, os direitos fundamentais visam atribuir ao Estado o dever de, por meio da atuação legislativa, garantir a existência e efetividade de direitos subjetivos e institutos jurídicos estabelecidos pela norma constitucional – normas com finalidade de proteger a eficácia de outras normas.

Para melhor elucidar tal afirmação, nos valem aqui das lições de Mendes, que salienta:

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever constitucional de legislar* (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos “*conformadores*” e concretizadores de alguns direitos. [...] A concretização dos direitos de garantias às liberdades exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar.²²⁹

Observe-se que tais direitos de proteção atuam na esfera normativa estatal (dever de legislar) para assegurar direitos subjetivos constitucionais. Logo, a proteção aqui advém da norma (atuação indispensável do legislador para a própria concretização do direito) e não de ações positivas fáticas estatais já que, em que pese também estarem relacionadas ao *status ativo*, estas últimas estão ligadas aos direitos a prestações positivas do estado. Entretanto ambas podem ser consideradas direitos de proteção em sentido amplo.

Conforme referido acima, compete também ao Estado a promoção dos pressupostos fáticos necessários ao exercício dos direitos assegurados pela Lei Fundamental – *direitos a prestações positivas* – que, grosso modo, implica numa postura ativa²³⁰ do Estado

²²⁸ MENDES, op. cit., 2002, p. 3-4.

²²⁹ Ibid., p. 5.

²³⁰ Ressalta Fernanda Medeiros que os deveres fundamentais em matéria de tutela ambiental, além de constituírem obrigações ao Estado e particulares, são mandamentos positivos. Vide MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 94-101.

em colocar à disposição do indivíduo prestações de natureza jurídica e material, reconduzindo ao “*status positivus*” da teoria de Jellinek.

Tais direitos à atuação positiva do Estado impõem a este um comportamento ativo, tanto como prestação jurídica (dever da edição de leis criando estruturas burocráticas com o fim de criar estruturas à realização dos direitos fundamentais, bem como normas que visem concretizar direitos ainda não regulamentados) quanto como prestação material (fornecendo bens e serviços através de políticas públicas ativas).

Alexy salienta que todos os direitos a ações positivas do Estado têm como principal problema saber “se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos” e que todos estes direitos podem ser agrupados sob a rubrica de “direitos a prestações” que, para este autor, podem ser divididos em três grupos: “direitos a proteção”, “direitos a organização e ao procedimento” e “direitos a prestações em sentido estrito”.²³¹

Ressalta ainda este autor que “Os direitos desta natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional” e que todos os direitos desta natureza são relações triádicas que, portanto, envolvem o titular do direito fundamental, o Estado e a atuação positiva deste último, tendo aquele competência para exigir o direito na esfera judicial.²³²

A tênue distinção entre tais direitos à atuação positiva estatal se encontram no âmbito formal, sendo que um determina atuação na esfera legislativa (atuação jurídica - *direitos a normas de proteção de institutos jurídicos*) e o outro na esfera material (atuação fática - *direitos a prestações positivas*).

Tanto os direitos de defesa quanto os direitos a prestações possuem natureza de princípio (caráter *prima facie*) podendo ser perfeitamente exigível por seu titular pela via judicial em caso de inobservância ou ingerência estatal.

Mendes ressalta que, enquanto as pretensões sustentadas nos direitos de defesa ligam-se, principalmente, à preservação do *status quo*, as pretensões a prestações positivas “estão voltadas mais para a conformação do futuro” (*Zukunftgestaltung*) impondo “decisões que estão submetidas a elevados riscos” já que as sujeita à esfera jurídica, mesmo estando vinculadas a determinadas condições.²³³

²³¹ ALEXY, Robert. Op. cit. 2008, p. 444.

²³² Idem, p. 445.

²³³ MENDES, op. cit., 2002, p. 5-6.

E é aqui que reside uma conhecida tensão institucional entre as esferas de poder estatais ao passo que o cumprimento de deveres por parte do Executivo e Legislativo sofre intervenção do Judiciário para garantir um “padrão mínimo”²³⁴ de proteção de direitos fundamentais. Já que cabe a este último também a atribuição de garantir a efetividade na norma constitucional.

Nas últimas décadas, sobretudo nos países que adotaram regimes democráticos, é possível afirmar que houve significativas alterações nos papéis desempenhados pelos poderes judiciários, com aceitação pela sociedade, quanto pelos atores políticos, na assunção de novos papéis, incluindo em decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, dentre outras esferas. Ocorrendo no cenário mundial um verdadeiro “boom da litigação”²³⁵ na busca da efetivação de direitos pelo Judiciário (juridicização formal), fenômeno que ganha o nome de “Judicialização”²³⁶.

Neste cenário tem sido reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio a necessidade de implementação de órgãos, setores e/ou repartições (organização estrutural) a fim de realizar direitos fundamentais cuja fruição depende deste aparato, bem como a necessidade de um conjunto de regras que estabeleçam um procedimento previamente determinado.

Tais direitos são conceituados como *direito à organização e ao procedimento* (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) e são de índole normativa, já que a norma disporá sobre qual forma de organização e qual procedimento será criado para realizar e assegurar determinados direitos fundamentais.

Alexy argumenta que as “normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais”²³⁷.

²³⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 155.

²³⁵ Vide VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Soc.*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 41. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 09 de janeiro de 2016.

²³⁶ Segundo Barroso “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008, p. 3. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 09 de janeiro de 2016.

²³⁷ ALEXY, op. cit., 2008, p. 473.

Nesta esteira, em que pese se destinarem os *direitos à organização e ao procedimento* precipuamente ao legislador, em alguns casos terá como destinatário os tribunais.²³⁸

Terá também o Estado o dever de “garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)”²³⁹ o que coloca-o não como adversário do particular, mas como guardião dos direitos fundamentais, já que estes além de conterem proibições de intervenções (*Eingriffsverbote*) possuem também a função de proteção (*Schutzgebote*), gerando um direito subjetivo à observação dos deveres de proteção.

Mendes classifica os *deveres de proteção* da seguinte forma:

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; (b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; (c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.²⁴⁰

Todas as situações conduzem a um agir estatal conforme as funções que possuem os direitos/deveres fundamentais constitucionalmente protegidos (escritos ou implícitos, conforme art. 5, § 2º da CF/88).

Em suma, estas cinco modalidades de funções dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nos trazem subsídios para clarificar em qual ou quais destas estão inseridos os princípios da proteção substancial da confiança e da proteção ambiental. Mas antes de adentrarmos neste tema, será verificada, de modo apenas superficial, as dimensões dos direitos fundamentais.

Primeiramente, os direitos fundamentais apresentam duplo aspecto (ou dimensão): *subjetiva* e *objetiva*. Naquela são reconhecidos ao indivíduo ou grupo de indivíduos direitos que podem ser opostos ao Estado ou outro obrigado que tem o dever de satisfazê-los, sob pena de serem obrigados pela via judicial. Já na objetiva, os direitos fundamentais são identificados como valores objetivos básicos e fins a serem perseguidos pela atuação positiva

²³⁸ Neste sentido, ALEXY, op. cit., 2008, p. 473.

²³⁹ MENDES, op. cit., 2002, p. 10.

²⁴⁰ Ibid., p. 11.

do Estado, formando a base do ordenamento jurídico de um determinado Estado Democrático de Direito.

Podem ser ainda subdivididos os direitos fundamentais em outras dimensões (ou gerações): a) *primeira geração*²⁴¹ compreende os direitos a liberdade, civis e políticos; b) *segunda geração*²⁴² reclamam ações estatais que conduzam a condições mínimas de vida com dignidade, como direitos sociais, culturais e econômicos; c) *terceira geração*²⁴³ que, pautados no lema da fraternidade e solidariedade, compreendem direitos coletivos em sentido amplo (transindividuais - incluídos os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos) e; d) *quarta geração*²⁴⁴ são aqueles ligados ao pluralismo e à democracia, como o respeito às diferenças, as minorias e o direito à informação.

Cumprido esclarecer que as gerações de direitos fundamentais se complementam, não constituindo a geração posterior superação da anterior, mas sim acréscimo, ampliando o leque de proteção constitucional e a função que tais direitos devem desempenhar no ordenamento jurídico brasileiro.

O Estado de Direito brasileiro é, num certo sentido, estado de segurança jurídica, tanto é que a Carta Magna de 1988 traz em seu Preâmbulo a segurança como princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito, constituindo valor da ordem jurídica estatal, direito fundamental da pessoa humana e dever estatal, constando do seletivo rol de direitos intangíveis elencados no *caput* do art. 5º, adjunto a princípios como, vida, igualdade e liberdade.

Enquanto subprincípio, mesmo que não exposto, do Estado de Direito, a segurança jurídica é reconhecida como princípio constitucional situado no mesmo plano

²⁴¹ Bonavides identifica os direitos fundamentais de primeira geração como sendo “os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente” que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam ma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564).

²⁴² Segundo Marmelstein “os direitos de segunda geração [...] impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade” (MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2008, p. 51-52).

²⁴³ Segundo Moraes “protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade e fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos [...]” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60).

²⁴⁴ Ainda segundo Bonavides os direitos de quarta geração são “[...] o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (op. cit., 2006, p. 571).

daqueles consagrados no *caput* do art. 5º, tendo como principais funções: I) manter no mundo jurídico atos inválidos por ilegalidade ou inconstitucionalidade (como licenças e concessões estatais); II) responsabilizar o Estado pelas promessas feitas por seus agentes, em especial com relação ao planejamento econômico, bem como pelos atos pré-negociais e; III) atribuir ao Estado o dever de, em razão de mudanças bruscas (em especial na ordem econômica), estabelecer regras de transição.

Por ser objeto do nosso estudo a dimensão subjetiva da segurança jurídica (proteção da confiança) em análise de situações de pretensões que envolvam tensão (aparente ou não) com o equilíbrio ambiental haverá, por conseguinte, uma maior preocupação com a primeira das suas preocupações (manutenção de atos administrativos), se mostrando necessário verificarmos o status e funções deste princípio no ordenamento jurídico pátrio.

Pois bem, em linhas gerais, o princípio da proteção substancial da confiança atua, principalmente, como *direito de defesa* (ou de liberdades), já que visa assegurar a liberdade, igualdade e demais posições jurídicas garantidas por direitos fundamentais, contra ingerências dos poderes públicos, gerando ao particular a pretensão de, em casos de violação, buscar a manutenção, revogação, anulação e consideração do ato estatal.

Trata-se, sob o prisma individual, de status negativo (*status libertatis*) já que o cidadão detém, em razão do ordenamento jurídico-positivo existente, a capacidade de exigir que o Estado não invada algumas esferas de seus direitos, respeitando o espaço de liberdade necessário à autodeterminação individual e, sob a ótica contrária (estatal), de status positivo (ou *status civitatis*) já que gera capacidade jurídica ao indivíduo na pretensão de que o Estado atue em seu favor e, ainda, dever a este último (Estado) na tutela do direito fundamental violado.

Acerca de suas dimensões, o princípio da proteção da confiança legítima pode se traduzir, em sua feição principal, como direito fundamental *subjetivo* do particular de *primeira geração*.

Já a tutela do equilíbrio ambiental, que envolve diversos princípios constitucionais, se apresenta como um misto de posições de direitos e deveres fundamentais em relação tanto ao indivíduo quanto ao Estado, ao passo que, por vezes, são *direitos de defesa*²⁴⁵ (ou de liberdades) do cidadão em relação ao Estado (como o direito de propriedade),

²⁴⁵ Acerca da função de defesa, Canotilho salienta que “os direitos fundamentais visam, num plano jurídico-objetivo estabelecer normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo-os de interferirem na esfera jurídica individual dos cidadãos assim como implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). A função de defesa ou de liberdade dos

são *direitos a normas de proteção de institutos jurídicos* para garantir a existência e efetividade de direitos fundamentais previstos em outras normas (como a proteção da fauna e da flora), são *direitos a prestações positivas* impondo ao Estado conduta ativa, tanto normativa quanto material (como o saneamento básico), são ainda *direito à organização e ao procedimento* (de índole normativa) para determinar qual forma de organização e qual procedimento será criado para realizar e assegurar determinados direitos fundamentais (como o estudo prévio de impacto ambiental), e *deveres de proteção* na medida em que impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (caput do art. 225 da CF/88).

Logo, tanto a estrutura dos direitos fundamentais ao equilíbrio ambiental, quanto sua interpretação em sintonia com outros direitos fundamentais a ele interligados, já que se tratam de princípios com destacada abertura semântica, conduzem a uma multiplicidade de posições jurídico-objetivas e jurídico-subjetivas fundamentais definitivas (*prima facie*).

No que se refere ao status (tendo como base a teoria de Jellineke), o direito/dever fundamental à proteção ambiental também o insere nesta multiplicidade de posições (*passiva, negativa, ativa e positiva*), já que todos tem o direito/dever de tutelar o equilíbrio ambiental, cumprindo ainda referir que o direito/dever fundamental ao meio ambiente sadio, de dimensão subjetiva e objetiva, quanto a classificação em gerações de direitos fundamentais pode ser incluído dentre aqueles de *terceira geração*.

Tais argumentos se mostram necessárias uma vez que, não raras vezes, surgirão, como surgem, situações fáticas em que interesses envolvendo os princípios da proteção substancial da confiança e a proteção ambiental podem se contrapor, o que demandará por parte do Poder Público (mas não só dele) decidir acerca de quais interesses devem ser tutelados.

Feitas tais ponderações, passaremos a seguir à uma breve análise do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

direitos fundamentais tem dupla dimensão: plano jurídico-objetivo: normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; plano jurídico-subjetivo: o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407).

4.2 O princípio da proporcionalidade em sentido restrito

Antes de adentrarmos propriamente no estudo da proporcionalidade em sentido estrito, faremos uma breve incursão²⁴⁶ na teoria dos princípios fornecida por Robert Alexy a fim de que tenhamos mais elementos para a verificação da necessidade de ponderação judicial em casos que envolvam tensão entre os interesses pautados na confiança subjetiva e naqueles relacionados à tutela ambiental.

Cumprido de logo afirmar que o sistema jurídico é um conjunto de regras e princípios²⁴⁷, sendo que as normas de direito fundamental em seu gênero também podem ser divididas como regras e princípios.

Conforme Alexy, tanto regras quanto princípios são normas, pois ambos dizem o que *deve ser* e a distinção entre regras e princípios exige uma ampla discussão sobre quais critérios devam ser adotados, sendo que o critério da generalidade é o utilizado com mais frequência.²⁴⁸

Alexy apresenta em sua obra quatro teses diversas acerca da distinção entre princípios e regras, sendo que o primeiro critério estaria fadado ao fracasso, pois pretende diferenciar regras e princípios diante da diversidade existente, o que permite que dentre os critérios propostos de diferenciação gradativa da norma sejam utilizados aqueles que o interprete desejar para realizar seu argumento jurídico. Para o constitucionalista alemão tal critério é algo extremamente heterogêneo.²⁴⁹

A segunda regra admite a diferenciação de norma em regras e princípios, mas entende que tal diferenciação seria somente *de grau* de generalidade.

²⁴⁶ “[...] a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de um modo mais geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou particular, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda.” (DWORKING, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 1º ed. 2º tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 217).

²⁴⁷ Segundo Barroso: “Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico.” (BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 144).

²⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 87.

²⁴⁹ ALEXY, op. cit., 2011, p. 89.

A terceira tese de diferenciação, que Alexy entende por correta, considera que “as normas podem ser distinguidas entre regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença de gradual, mas uma diferença ‘qualitativa’”.²⁵⁰

Entretanto, para Alexy o ponto decisivo da diferenciação é que regras são normas que são satisfeitas ou não e princípios são normas que determinam que seu mandamento seja realizado na *maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*. Portanto, para o autor princípios são *mandamentos de otimização*. A distinção é qualitativa e não de grau.²⁵¹

Sendo a norma qualificada como regra, entre estas categorias poderá operar-se o conflito diante do caso concreto. Nestas circunstâncias, em não possuindo uma das regras cláusula de exceção que elimine o *conflito*, uma delas será declarada como inválida, já que as duas não poderiam valer ao mesmo tempo diante do caso concreto.

Já na *colisão* entre princípios, a forma de solução é totalmente diversa daquela adotada no conflito entre regras, sendo que em havendo colisão entre dois princípios um dos dois tem que ceder, mesmo ambos permanecendo válidos no ordenamento jurídico. Então, poderá haver uma precedência de um princípio em relação ao outro sob determinadas condições.

Ainda segundo Alexy, o conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade – não possuindo uma regra cláusula de exceção que elimine o conflito em relação à outra, uma delas será declarada inválida -, já a colisão entre princípios ocorre na dimensão de peso – qual princípio apresenta maior peso em relação ao outro, sendo que ambos continuaram sendo considerados válidos no ordenamento jurídico.²⁵²

Ao tratar o tema do conflito entre regras Alexy²⁵³ leciona que sendo uma regra válida não é possível que dois juízos opostos de aplicação no caso concreto sejam aceitos,

²⁵⁰ Ibid., p. 90.

²⁵¹ Ibid., p. 90-91. Esta conceituação também pode ser vista na obra de Canotilho, segundo este autor: "os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035). Para Dworkin tal diferença é de natureza lógica. Para este autor: “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou é inválida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39). Devemos considerar aqui que o autor utiliza para seu estudo o sistema jurídico americano do common Law que em muito se distancia do nosso. Por tais fundamentos preferimos a utilização de Alexy, que utiliza em seu estudo acerca dos princípios o sistema jurídico alemão.

²⁵² ALEXY, 2011. Op. cit. p. 94.

²⁵³ Idem, p. 92.

levando a invalidade de uma das regras. Constatada a aplicabilidade de uma das regras, a outra deve ser declarada inválida.

Em sentido contrário, Ávila argumenta que, em relação ao critério do modo final de aplicação dos princípios ou regras, no qual estas últimas são aplicadas de modo “tudo ou nada” e aqueles dependem de ponderação, deve-se chamar a atenção ao fato de que o modo de aplicação decorre de conexões axiológicas que são construídas pelo intérprete. E afirma que:

[...] a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método do tudo ou nada de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas conseqüências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios de interpretação que demonstre quais as conseqüências serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas.²⁵⁴

No que concerne à colisão entre princípios, na teoria de Alexy, a solução é completamente diversa daquela adotada nos casos de conflitos entre normas, ocorrendo precedência de um dos princípios em relação ao outro. Não quer dizer, portanto, que o princípio “de menor peso”, para o caso concreto, seja tido por inválido. O que acontece é o *sopesamento* de princípios que, abstratamente, estão no mesmo nível. O que Alexy chama de *lei de conflito*.²⁵⁵

Para a teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy a distinção entre regras e princípios constitui o ponto de toque da fundamentação jusfundamental e para a solução da dogmática dos direitos fundamentais.

Como princípio da ordem constitucional brasileira, a proporcionalidade, está imbricado na idéia de razoabilidade (desdobramento da exigência do devido processo legal, art. 5º, LIV da CF/1988), bem como na própria cláusula constitucional do Estado Democrático de Direito, tendo se desenvolvido na doutrina comparada a partir da segunda metade do século passado.²⁵⁶

Canas conceitua o princípio da proporcionalidade em sentido amplo como sendo:

[...] princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de

²⁵⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39-40.

²⁵⁵ ALEXY, op. cit., 2011, p. 94.

²⁵⁶ Neste sentido, vide CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In Jorge Miranda, *Perspectivas Constitucionais*, vol. II, Coimbra: Coimbra, 1998, p. 323-327; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 372 e; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. T. IV. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 222.

acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjectivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos e concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins.²⁵⁷

Tal principio, conforme Alexy²⁵⁸, apresenta três subprincipios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, sejam eles emanados do Legislativo, Executivo e/ou Judiciário.

Conforme salienta Gavião Filho, a ponderação encontra-se no princípio da proporcionalidade²⁵⁹ sendo aquela este princípio em sentido restrito.²⁶⁰

Na qualidade de normas, os direitos fundamentais são normas de ação obrigatórias de aplicação imediata (art. 5º, §§ 1º e 2º da CF/88), sendo que o caso de colisão entre princípios importará em ponderação²⁶¹ judicial.

Steinmetz propõe da seguinte maneira a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto: como primeiro passo deve-se analisar se há ou não uma colisão de direitos fundamentais; depois deve-se descrever o conflito com a identificação dos pontos considerados relevantes do caso concreto e; por último, deve-se proceder aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²⁶²

Ainda, segundo este autor: "o exame de proporcionalidade é um limite a intervenções nos direitos fundamentais contrárias à Constituição ou nela não justificadas".²⁶³

²⁵⁷ CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). In. *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV. Lisboa: 1994, p. 591.

²⁵⁸ ALEXY, op. cit., 2011, p. 94

²⁵⁹ A proporcionalidade é princípio procedimental básico para interpretação judicial do qual decorrem regras de adequação do meio escolhido para alcançar-se o fim almejado, necessidade real de solução do conflito por meio do princípio da proporcionalidade (quando efetivamente não foi possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão), e a proporcionalidade em sentido restrito (a ponderação).

²⁶⁰ Sustenta o autor que: “[...] o princípio da proporcionalidade se compõe de três princípios parciais: i) idoneidade; ii) necessidade; iii) proporcionalidade em sentido restrito. A ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Os três princípios parciais expressam uma idéia de otimização. [...] A idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito não são ponderadas diante de algo diferente, mas satisfeitas ou não satisfeitas no caso concreto. [...] Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade cuidam das possibilidades fáticas. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito se refere às possibilidades jurídicas, que são princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão”. (GAVIÃO FILHO, A. P. O direito fundamental ao ambiente e a ponderação. In. *Direito constitucional do ambiente*. Org. Wilson Steinmetz, Sérgio Augustin. Caxias do Sul/RS: Educus, 2011, p. 61-62).

²⁶¹ Bernal Pulido ao tratar da hermenêutica neoconstitucional sustenta que: “la ponderación se há vonvertido en un criterio metodológico básico para La aplicación jurídica, em especial, para la plicación jurídica de los derechos fundamentales” (BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. 1ª ed. Colombia: Universidad Externado del Colombia, 2009, p. 21).

²⁶² STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 153-154.

²⁶³ STEINMETZ, op. cit., 2001, p. 196.

A ponderação deve ser realizada sempre em conjunto com a argumentação²⁶⁴, a fim de que alguns²⁶⁵ não lhe atribuam caráter de irracionalidade e subjetividade.

Para Bernal Pulido²⁶⁶ a imprecisão da norma constitucional sempre abre portas para interpretações subjetivas do julgador, já quanto a objeção de irracionalidade da ponderação, Alexy fornece um modelo de ponderação que ostenta uma estrutura determinada por três elementos centrais: lei da ponderação; fórmula de peso e; argumentação.

Sendo assim, de acordo com Alexy, para que se possa estabelecer uma precedência condicionada entre os princípios em colisão, faz-se necessária a apreciação dos três elementos estruturais da ponderação (lei da ponderação, fórmula de peso e argumentação).

O primeiro elemento estrutural, a lei da ponderação, visa estabelecer a importância dos princípios em colisão e definir o grau da não satisfação ou afetação de um princípio em relação ao outro, através de uma escala triádica de intensidade: *leve, moderada e grave*. Em seguida, deve-se definir a importância da satisfação do princípio em relação ao princípio oposto e, como terceiro passo, deve-se verificar se a satisfação do princípio satisfeito justifica a afetação (ou não satisfação) do princípio colidente.²⁶⁷

Já a fórmula do peso, também possui uma escala triádica (leve, médio, grave) e tem como objetivo determinar o *peso concreto* do princípio precedente em relação ao princípio colidente. A função desta fórmula é estabelecer uma relação de precedência condicionada de um princípio em relação ao outro diante das circunstâncias do caso concreto sob análise.

Neste sentido Bernal Pulido destaca: “Cuanto mayor sea el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor

²⁶⁴ Castanheira Neves lança à teoria argumentativa quatro grandes críticas: a) o consenso é uma construção empírica, a posteriori, quando na verdade “o decidir jurídico pressupõe e encontra fundamento numa a priori validade”; b) a força dos argumentos não pode ser apenas função da conclusão concreta da argumentação, pois os critérios jurídicos são objetivações da validade e beneficiam de presunções de vigência diferentes; c) enquanto na teoria argumentativa a única instância de controle é a decisão, na jurídica a instância de controle será o terceiro imparcial e; d) o juízo decisório “não terá de ser apenas racional-argumentativamente conclusivo e sim normativamente fundado na validade normativo-dogmática do sistema jurídico vigente” (NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993; reimpresso em 2011, p. 73-74).

²⁶⁵ Eros Roberto Grau, ex-ministro do STF sustenta ser a ponderação um perigoso artifício hermenêutico da colisão entre princípios. Neste sentido, ver: GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 191 e ss.

²⁶⁶ BERNAL PULIDO, op. cit., 2009, p. 27-28.

²⁶⁷ Ibid., p. 30.

deberá ser el peso concreto del principio P1 en relación con el principio P2 a la luz de las circunstancias del caso”²⁶⁸.

Como terceiro elemento da estrutura da ponderação tem-se a argumentação, que será importante em todos os passos da ponderação, mas adquirirá maior importância quando ocorrer um empate entre os princípios colidentes no caso sob análise após a aplicação da fórmula do peso concreto.

Na teoria da argumentação jurídica, Alexy propõe uma maneira de raciocínio e aplicação do direito, como método da lógica moderna, representando a ideia de justificação interna, dispondo que o discurso jurídico também e, principalmente, é especial por sofrer limitações como: sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática. Acrescenta o autor:

[...] a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico. Mas essa pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático racional geral, não se refere à racionalidade de quaisquer proposições normativas, mas somente àquelas passíveis de existência dentro do ordenamento jurídico vigente, limitadas, portanto, pela lei, precedentes e dogmática jurídica. Essa restrição do âmbito das premissas é o que tipifica o discurso jurídico como caso especial do discurso prático racional geral.²⁶⁹

O problema da argumentação não se encontra na ponderação e sim em quem a fará e como a realizará.

Neste sentido Häberle destaca que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade [...] quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la”.²⁷⁰

Assim como os princípios, lato senso, derivam dos mandamentos axiológicos constantes da constituição, o princípio da proporcionalidade tem como fim buscar aquilo que é empírica e legalmente possível. Enquanto a proporcionalidade em sentido estrito buscará a otimização naquilo que é relevante e legalmente permitido.

Conforme Larenz a ponderação de bens, num dado caso concreto, “é um método de desenvolvimento do Direito que se presta a solucionar colisões de normas, bem como para

²⁶⁸ Ibid., p. 30.

²⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005, p.206.

²⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 13.

delimitar as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar direitos cujo âmbito ficou aberto”.²⁷¹

Adverte Ávila que a proporcionalidade em sentido estrito “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais” o que se traduz em um exame complexo cujas desvantagens decorrentes de uma avaliação subjetiva podem acarretar em “restrição a direitos fundamentais do cidadão”.²⁷²

Traduzindo o acima exposto, já que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem como base a verificação das vantagens e desvantagens da prevalência deste ou daquele princípio num determinado caso concreto, cabe aqui o seguinte questionamento: A promoção do fim justifica a restrição ao direito fundamental em oposição?

Para Alexy a máxima da ponderação entre os princípios colidentes pode ser traduzida como o sopesamento. Em outras palavras: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.²⁷³

Ora, o juízo jurídico pode ser traduzido na resolução das controvérsias práticas reconduzindo a vontade da decisão à normatividade, portanto, como método, através de uma ponderação argumentativa normativamente orientada.

O princípio da proporcionalidade oferece para o juiz um esquema procedimental, um método que lhe permite realizar a ponderação de bens, interesses e valores fundamentados no sistema jurídico e no caso concreto apreciado, permitindo, neste esquema decisório, uma dupla fundamentação – no sistema e no problema.

Castanheira Neves ressalta que:

[...] o juízo jurídico tem a função de reconduzir a decisão necessária (porque terá de resolver-se a controvérsia emergente do caso jurídico) à fundamentação exigível (porque a decisão da controvérsia deverá justificar-se perante os seus destinatários, particulares ou universais).
E se ao juízo compete assim reverter a *voluntas* (decisória) à *ratio* (normativa), o certo é que nem por isso se poderá pensar em eliminar de todo a decisão para se afirmar exclusivamente o juízo. [...] a solução imposta não exclui em absoluto que outra diferente fosse possível. Tanto é dizer que o juízo sempre será sustentado por uma decisão – a solução da *ratio* imposta pelas opções da *voluntas*.²⁷⁴

²⁷¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 587.

²⁷² ÁVILA, op. cit., 2005, p. 124.

²⁷³ ALEXY, op. cit., p. 593.

²⁷⁴ NEVES, op. cit., 2011, p. 32.

Cruz faz duras críticas à teoria dos princípios de Alexy ao afirmar que o problema da ponderação é não perceber que a decisão não parte da controvérsia entre princípios que precisem ser sopesados em uma balança, e que a solução da controvérsia encontra-se na análise da questão a luz de todo ordenamento jurídico. E acrescenta:

Alexy parece não perceber ao admitir possibilidade de que a lei da ponderação possa se estabelecer de forma desconectada da realidade que sua teoria acaba retornando definitivamente ao paradigma positivista. Primeiro porque pretende cindir a interpretação em duas, eis que seu pós-positivismo se limita à aplicação dos princípios enquanto que o emprego de regras ainda ficaria sob a égide do positivismo e de seus métodos de interpretação. Segundo porque ao dizer que “as regras de prevalência da ponderação” podem ser fixadas abstratamente em caráter definitivo abandona qualquer perspectiva lingüístico-pragmática legada pela hermenêutica como analítica existencial, desde Heidegger e Gadamer.²⁷⁵

As críticas à teoria dos princípios de Alexy são latentes.²⁷⁶ No entanto como método de solução de interesses em conflito (interesses que tem como base princípios fundamentais) o princípio da proporcionalidade serve como esquema procedimental para a solução do conflito, fundado no sistema e no problema para que os efeitos da decisão sejam os menos lesivos para as partes e, portanto, a decisão axiologicamente tolerável num dado caso concreto.

Não se trata tal princípio em seu sentido amplo de uma “fórmula mágica” para a solução das controvérsias envolvendo interesses com base em direitos fundamentais. Entretanto, sobretudo em nossos tempos, se constitui em método jurisdicional que prescreve a fundamentação como pressuposto procedimental e de validade da decisão.

Ainda, em sua dimensão estrita (ponderação) tal método serve como base procedimental para determina qual princípio deve prevalecer em detrimento do outro em casos concretos de colisão, levando-se em conta, de forma articulada e juridicamente fundamentada, a importância da satisfação de um dado princípio em detrimento do outro que com ele colide.

²⁷⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 227.

²⁷⁶ Dentre os críticos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy podemos aqui referir HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. *Revista CEJ*, v. 30, 2005. VELASCO, Marina. *Habermas, Alexy e a razão prática kantiana*. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

Logo, ao realizar a prestação jurisdicional, nesta linha de entendimento, o aplicador do direito deve respeito ao ordenamento constitucional como um todo uma vez que sua legitimidade de atuação decorre deste e nenhuma ponderação poderá reger-se tendo como base elementos alheios ao ordenamento jurídico e ao caso concreto, já que qualquer ponderação que tente afastar a força normativa da Constituição estaria em oposição à realização das garantias fundamentais nela objetivadas.

Como advertem Sarmiento e Souza “A ponderação é, no mínimo, um ‘mal necessário’ para equacionamento dos ‘casos difíceis’ do Direito Constitucional”.²⁷⁷

Não se pretende neste estudo atribuir infalibilidade à técnica da ponderação e sim trazer à discussão seus contributos para o método de interpretação e aplicação do direito, em casos de colisões entre princípios, na hermenêutica constitucional pátria, num cenário social que apresenta constantes mutações.

Feitas tais observações, verificaremos a seguir se o princípio da proteção substancial da confiança pode ser tido como princípio de ordem instrumental.

4.3 A proteção da confiança como princípio de ordem instrumental?

Verificamos ao longo do presente trabalho os princípios como fins a serem buscados, como dever à realização de um estado de coisas, bem como o modo como tal dever deve ser aplicado pelo ordenamento jurídico, sobretudo o constitucional, uma vez que toda norma jurídica deve ser interpretada, pois o direito objetivo, independente de sua roupagem, deve ser primeiramente entendido para então ser aplicado.

Os princípios gerais de direito não possuem conceito definido e adquirem significado quando são colocados em conjunto com o restante do ordenamento jurídico de um determinado Estado, num determinado contexto social e numa determinada época.

Superando o campo da análise objetiva das normas para adentrarmos no campo de sua aplicação, estamos diante de deveres estruturantes na hermenêutica envolvendo direitos fundamentais o que para Ávila são tidas como normas que estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas - “metanormas” ou “postulados normativos aplicativos”.²⁷⁸

²⁷⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 522.

²⁷⁸ ÁVILA, op. cit., 2005, p. 87-88.

Este autor define “postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas” que “situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam”, não se podendo confundir, para ele, princípios com postulados.²⁷⁹

Ainda, a fim de fazer tal distinção entre regras, princípios e postulados, este autor conceitua regras como sendo:

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.²⁸⁰

E princípios como sendo:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁸¹

Diferente dos princípios e das regras, os postulados não determinam a promoção de um fim ou prescrevem indiretamente comportamentos. Ao contrário, “estruturam a aplicação do dever de promoção de um fim” e prescrevem “modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”.²⁸²

Ávila ao realizar tal distinção entre regras, princípios e postulados, admite que estes últimos funcionam como normas de segundo grau para a aplicação de outras normas.

Seriam os postulados então uma terceira espécie de norma jurídica, também denominados princípios instrumentais. Assim, enquanto os princípios materiais são normas-princípios e do gênero norma jurídica, assim como as normas-regras, aplicáveis de forma imediata e direta para a solução jurídica de casos concretos, os postulados se traduzem em normas que estabelecem a estrutura de aplicação daquelas num dado caso concreto.

Nem todos os postulados funcionam da mesma forma e em alguns casos constituem meras idéias gerais, sem especificar quais os critérios e elementos (princípios, interesses, bens, direitos) que devem ser observados em sua aplicação prática.

²⁷⁹ ÁVILA, op. cit., 2005, p. 88-89.

²⁸⁰ Ibid., p. 70.

²⁸¹ ÁVILA, op. cit., 2011, p. 70.

²⁸² Ibid., p. 89.

A doutrina constitucional²⁸³ tem entendido como principais postulados normativos, mesmo denominando-os com o rótulo de princípios, os seguintes: a) Princípio da Unidade da Constituição - que impõe ao intérprete a harmonização das tensões e conflitos entre normas constitucionais; b) Princípio do Efeito Integrador - determina que nas resoluções de problemas jurídico-constitucionais deve ser dada primazia aos critérios que favoreçam a integração social e política; c) Princípio da Máxima Efetividade - invocado no âmbito dos direitos fundamentais (estaria implícito no art. 5º, §1º, da CF/88), impõe que seja conferido o sentido que lhes dê a maior efetividade possível; d) Princípio da Justeza ou Conformidade Funcional - que tem como maior destinatário no Brasil o STF e consagra o respeito à competência durante a atividade interpretativa não se podendo chegar a um resultado que subverta o esquema organizatório funcional estabelecido na Constituição; e) Princípio da Concordância Prática (ou Harmonização) - tem como objetivo principal atribuir conformidade às normas constitucionais, de modo a evitar, em casos de conflitos, a exclusão de normas e valores; f) Princípio da Força Normativa - que determina, na interpretação da Constituição, o dever de preferência às soluções que tornem suas normas mais eficazes e permanentes e; g) Princípio da Interpretação Conforme - determina que, em normas polissêmicas ou plurissignificativas, deve ser adotada a interpretação que lhes compatibilize o sentido com o conteúdo da Constituição, ou seja, a interpretação não pode contrariar o texto constitucional.

Ávila divide os postulados em dois grupos principais utilizando como forma de distinção aqueles que possuem critérios orientadores de sua aplicação e aqueles que apresentam meras idéias gerais. Logo, para este autor, os postulados podem ser inespecíficos (ou incondicionais) ou específicos (condicionais).²⁸⁴

Em ambos os casos tratam-se de postulados normativos formais. Entretanto, nos específicos tem-se relação com elementos de espécies determinadas, como por exemplo a igualdade, na qual há uma relação subjetiva, bem como um critério discriminador e uma finalidade. Logo, para Ávila, a aplicabilidade deste postulado “é condicionada à existência de elementos específicos (sujeitos, critérios de discriminem e finalidade)”.²⁸⁵

²⁸³ Neste sentido vide HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 45-48 e; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 232-235.

²⁸⁴ Ávila divide os postulados da seguinte forma: a) inespecíficos - que são a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso e; b) específicos - que são a igualdade, razoabilidade e a proporcionalidade. Para uma análise mais acurada, vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed, 2ª tiragem, 2005, p. 94-127.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 94.

Ainda, cumpre ressaltar que a aplicação dos princípios (materiais ou instrumentais) visa a promoção de fins e, sob a ótica da proporcionalidade, prescinde de uma relação meio/fim e da superposição de bens jurídicos. Ou seja, “uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*”²⁸⁶, que importa na análise da adequação, necessidade e que a finalidade justifique a restrição do princípio colidente.

E os fins (ou objetivos) podem ser divididos em dois tipos principais: internos e externos.²⁸⁷

Os internos se traduzem em um resultado a ser alcançado que reside na pessoa (sujeitos atingidos) ou situação, enquanto os externos “estabelecem resultados que não são propriedades ou características dos sujeitos atingidos, mas que se constituem em finalidades atribuídas ao Estado” (dimensão extrajurídica)²⁸⁸.

A proteção ambiental e as práticas econômicas e administrativas específicas podem ser qualificadas como fins externos.

Feitas tais observações surge para nós a seguinte indagação: Em qual, ou quais, categoria(s) está inserido o princípio da proteção substancial da confiança? Seria ele um princípio constitucional material ou formal? Quais os exames devem ser realizados para a aplicação deste princípio?

Pois bem, cumpre lembrar que o princípio da proteção substancial da confiança visa proteger um estado de coisas, que teve como base ato estatal, e que estão ameaçadas ou sofreram alteração na esfera individual por ato posterior da autoridade pública. E, que tal princípio foi objeto de construção pela prática pretoriana e, mesmo que já reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio, ainda encontra-se em fase de aperfeiçoamento.

Já referimos que o princípio da proteção da confiança legítima teve seu nascedouro na jurisprudência alemã, tendo sido objetivado pela Lei do Processo Administrativo daquele país, e tem garantido em determinadas situações maior peso a confiança do que ao princípio da legalidade.

A principal função do princípio da proteção da confiança no ordenamento jurídico alemão tem sido a de garantir *estabilidade* a atos estatais, que geraram situações fáticas aos administrados que neles confiaram, mesmo quando originariamente contrários ao Direito – manutenção dos efeitos favoráveis aos cidadãos gerados por atos da administração mesmo tidos por ilegais.

²⁸⁶ Ibid., p. 113.

²⁸⁷ Utilizamos a distinção formulada por Ávila (op. cit., 2005, p. 114-116).

²⁸⁸ Ibid., p. 115.

Neste contexto, tal princípio determina a proibição às esferas estatais de poder de desvalorizarem as posições jurídicas dos cidadãos fundamentadas em atos estatais sempre que aqueles tenham razões válidas para esperarem que o ato (ou direito) que lhes foi aplicado não seja modificado.

No ordenamento jurídico alemão, sobretudo no constitucional, o princípio da proteção da confiança, que decorre do sobreprincípio do Estado de Direito e é a feição subjetiva da segurança jurídica, vale para vincular todo o agir estatal – atos legislativos, atos administrativos e atos judiciais. Ou seja, enquanto princípio constitucional, no que concerne à regulação da atuação administrativa, legislativa e judicial, a proteção da confiança é fonte do direito, mas também critério de interpretação.

No que se refere ao âmbito de aplicação do princípio da proteção da confiança no ordenamento jurídico espanhol, sobrevieram diversas decisões invocando este e delineando seu sentido, casos de ocorrências e características condicionantes de sua aplicação.²⁸⁹

Já no ordenamento jurídico português o princípio da proteção da confiança ganhou outros contornos.

O Tribunal Constitucional Português na decisão proferida no Acórdão n.º 287/90, julgamento em 30/10/1990, fundamento 28, entendeu que o princípio da proteção substancial da confiança será fundamento autônomo de censura constitucional quando atender a determinados requisitos²⁹⁰.

Ainda, aquele Tribunal (TCP), no Acórdão n.º 128/2009, fundamento 8.2, tem adotado uma outra fórmula²⁹¹ para que haja a tutela jusfundamental do princípio da confiança.

²⁸⁹ Tal sistematização foi feita por Mafini: “a) a incidência da proteção da confiança exige, de início, uma situação de quebra de previsibilidade, em relação à atuação estatal apta a gerar expectativas dignas de proteção; b) tal situação de quebra de expectativa não pode estar justificada por motivos ou princípios superiores; c) deve resultar da ponderação, necessariamente casuística, do interesse público e do interesse privado, com vistas à obtenção de um grau de estabilidade e previsibilidade das ações estatais; d) mudanças normativas, ainda quando decorrentes da atividade de administração pública, devem trazer consigo a existência de meios e tempo razoável para a sua imposição em face das situações individuais que possam vir a ser alcançadas; e) há a necessidade de “signos externos” produzidos pela Administração Pública aptos a ensejar a confiança digna de proteção; f) deve existir uma situação contrária à ordem jurídica que ponha a legalidade em ponderação com o princípio da proteção da confiança (MAFFINI, op. cit., 2005, p. 88).

²⁹⁰ São os seguintes os requisitos de aplicação determinados por aquele tribunal: I) operar mudança na ordem jurídica que afeta de forma desfavorável as expectativas de seus destinatários; II) quando estes não podiam, razoavelmente, prever tal alteração; e III) quando a alteração não foi realizada com o objetivo de resguardar direitos e interesses constitucionalmente protegidos e prevalentes sobre aqueles frustrados.

²⁹¹ Os “novos” requisitos são os seguintes: I) primeiramente, se a conduta do Estado (a decisão trata do Estado Legislador) gera nos administrados expectativas de continuidade; II) em seguida deve-se aferir se tais expectativas são legítimas, justificadas ou fundadas em boas razões; III) depois deve-se aferir se os administrados fizeram planos de vida com base na continuidade do comportamento estatal; e IV) por fim, que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a mutação do comportamento que gerou a situação de expectativa.

Portanto, o ordenamento jurídico português, em especial no âmbito jurisprudencial, no qual o princípio da proteção da confiança é utilizado primariamente contra atos emanados do Poder Legislativo, tal princípio tem ganhado contornos de ordem formal ou instrumental, sobretudo para indicar como os Tribunais devem resolver colisões que eventualmente surjam entre bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Ora, no ordenamento jurídico constitucional pátrio, o princípio da proteção da confiança não possui assento textual expresso (não transcende os limites que a Constituição conferiu ao princípio do Estado de Direito que é sobreprincípio daquele). Assim, o conteúdo daquele princípio só poderá ser construído pela jurisprudência e, portanto, dependerá da interpretação constitucional.

Mesmo que de forma breve, não podemos deixar de tratar aqui da interpretação da norma constitucional e suas consequências. Isso pelo fato do princípio em comento ter como premissa a manutenção de atos estatais que geraram nos administrados expectativas legítimas (estabilidade e previsibilidade de situações fáticas ou jurídicas) e que, na maioria das vezes, a análise do princípio num caso concreto passa pela interpretação judicial.

Cumprir referir que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, incumbe ao Poder Judiciário tomar decisões que satisfaçam de forma simultânea a previsibilidade da decisão e o sentimento de justiça. Ou seja, a prestação jurisdicional tem que ser capaz de aplicar razoavelmente as normas, produzindo assim decisões equilibradas (estabilidade e previsibilidade) e adequadas (justas) ao caso concreto posto sob apreciação.

A Constituição, em sua complexidade, serve de base para a compreensão de todo o Direito, mas não consegue afastar a condição histórica em que se encontra o intérprete e não se pode afirmar, antes da análise do caso concreto e das circunstâncias fáticas, que este ou aquele método de interpretação constitucional seja superior, já que tudo dependerá da norma a ser interpretada e das peculiaridades de cada caso concreto.

Vale aqui lembrar as lições de Gadamer em sua afirmação de que:

[...] a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale, sobretudo para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade. Significa, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do método, mas não o da ciência. O que o instrumental do método não consegue alcançar deve e pode realmente ser

alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade.²⁹²

Para este autor a Constituição será sempre substrato para a aplicação do Direito, já que todo o ato de interpretação é ato de compreensão e aplicação, de modo que todo ato de aplicação do Direito é ato de aplicação da Constituição. Não sendo, portanto, possível compreender, interpretar e aplicar uma norma desvinculando-a da pré-compreensão que o intérprete tem da própria Constituição.²⁹³

Enquanto subprincípio do sobreprincípio constitucional Estado de Direito, a segurança jurídica em sua dupla dimensão (objetiva – segurança lato senso – e subjetiva – proteção da confiança) se traduz em mandamentos constitucionais de previsibilidade e estabilidade, conduzindo a uma ambivalência entre permanência e mudança.

Em princípio pode ser analisado enquanto estrutura e enquanto sistema. Na primeira acepção é tido como estático, imutável, pois decorre da edificação de um determinado sentido ao texto num determinado contexto espaço-temporal, podendo ser caracterizado como uma condição estática de previsibilidade no Direito decorrente das entificações de sentido anteriores (permanência).

Enquanto sistema tal princípio não é estático e sim mutável, adaptando-se às alterações espaço-temporais e ao contexto social, portanto, de caráter dinâmico e com abertura de sentido (mudança).

Antes de se repelirem, estas duas perspectivas são complementares e indissociáveis, já que a previsibilidade (confiança) no Direito decorre da entificação de sentido anteriores (estrutura), bem como, em face dos diplomas normativos conterem uma abertura para o futuro, de garantir ao jurisdicionado saber de forma prévia o que o Direito dele espera no futuro (sistema) – como podem/devem agir para atuarem em conformidade com o ordenamento jurídico.

A construção da confiança que, como já referido, no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na hermenêutica constitucional pátria, tem sido desenvolvida no âmbito dos tribunais e seus intérpretes, pode ganhar contornos mais alargados ou mais específicos.

Entender o princípio da proteção da confiança como confiança no direito constitucional é atribuir-lhe sentido genérico, portanto bem mais vasto do sentido que foi

²⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 631.

²⁹³ GADAMER, op. cit., 1997, p. 405 e seg.

atribuído a tal princípio em seu nascedouro (Tribunal Constitucional Federal Alemão - TCFA, em 1960) e em seu desenvolvimento nos tribunais alienígenas (Tribunal Espanhol e Português, por exemplo).

Tal alargamento de sentido levaria a compreensão do princípio da proteção da confiança como valor ético-político, pressuposto das democracias constitucionais liberais, mas com caráter deveras genérico, como por exemplo, a confiança na validade das leis, a confiança na validade dos atos administrativos, a confiança no cumprimento dos deveres estatais, a confiança nos direitos fundamentais de liberdade e propriedade, dentre outros tantos que os limites são os mesmos da criatividade humana e, via de consequência, também da criatividade jurisprudencial, já que quem vive a norma acaba por interpretá-la²⁹⁴.

Nesta linha, portanto, o princípio serve como limite aos poderes administrativo e judicial (no âmbito do poder legislativo, é mais apropriado como limite a utilização do princípio da proibição de retrocesso) de preservarem os atos que geraram efeitos benéficos na esfera dos cidadãos que agiram em obediência a atos destes mesmos poderes que agora pretendem modificá-los.

Num sentido mais restrito, e entendemos que aqui repousa o caráter principal de funcionalidade do princípio da proteção da confiança, podemos entendê-lo como um princípio que implica a ponderação do peso de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Portanto, neste último sentido, o princípio da proteção substancial da confiança se apresenta como um princípio de ordem formal ou instrumental, como o é o princípio da proporcionalidade acima analisado, que indica um método que deve ser adotado para resolver colisões entre bens/interesses constitucionais de valor equivalentes.

Os requisitos de aplicação de tal princípio, atribuídos pelo intérprete constitucional em decisões emanadas dos Tribunais Espanhol e Português, já verificadas acima, conduzem a tal entendimento ao verificarem que este princípio contém e, no caso português é, um método de ponderação.

Observe-se que o Tribunal Português adotou uma fórmula (método) de aplicação de tal princípio, conforme se depreende da análise do fundamento 28 do Acórdão número 287/1990 e fundamento 8.2 do Acórdão n.º 128/2009.²⁹⁵

Assim, nas construções deste tribunal, para que tenha lugar a tutela jurídico-constitucional da confiança faz-se necessário que: I) o Estado - sobretudo o Executivo e o

²⁹⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.13.

²⁹⁵ Integra das decisões disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt/.

Judiciário – tenha estabelecido comportamentos capazes de gerar nos cidadãos expectativas de continuidade; II) tais expectativas devem ser legítimas, fundadas em boas razões; III) devem os cidadãos terem agido ou realizado planos de vida com base na continuidade do ato estatal que lhe produziu efeitos favoráveis e; IV) é necessário que não ocorram razões de interesse público que, em ponderação com o interesse particular, justifiquem a não continuidade do ato estatal.

Nos tribunais pátrios tal princípio ainda encontra-se em fase de amadurecimento ganhando, muitas vezes caráter genérico e dependendo do intérprete constitucional, mas não podemos deixar de ter em mente a significância da confiança como princípio constitucionalmente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. E os parâmetros acima expostos, em que pese não serem inerentes à proteção da confiança no sistema jurídico brasileiro, podem servir de alicerce ao desenvolvimento deste princípio pelos nossos tribunais.

Entretanto, as “fórmulas” adotadas pelo Tribunal Constitucional Português para a aplicação do princípio da proteção da confiança se mostram deveras restritivas o que pode acarretar problemas de incidência de tal princípio pelo Judiciário brasileiro, caso pretenda adotá-las.

Isso pelo fato das decisões daquele tribunal (TCP) terem como análise atos emanados do Legislativo enquanto a construção do princípio da proteção substancial da confiança em nosso país ter como referência (como a Jurisprudência Alemã) atos emanados do Executivo e Judiciário.

A feição material e/ou instrumental de aplicação do princípio da proteção substancial da confiança no Brasil ainda encontra-se em construção, devendo ter como premissa o tempo social em que vivemos e a tutela de direitos tanto individuais como coletivos.

Feitas tais observações, antes de adentrarmos na análise de casos pontuais de tensão entre proteção da confiança e proteção ambiental, em debate ou já decididos por nossos tribunais, passaremos a seguir à análise da (re)configuração de espaços protegidos e a ambivalência que esta gera para o direito.

4.4 (Re)configuração dos espaços protegidos: confiança individual *versus* proteção ambiental

O momento no qual estamos inseridos se caracteriza pela rápida mutação nas esferas sociais, econômicas e de poder, causando ao indivíduo uma sensação de constante desorientação.

O consumo e descarte frenéticos de mercadorias e modos de ser dá o tom das relações individuais e a velocidade da informação, das tecnologias e do mercado econômico afasta o cidadão da proteção da tradição de sua pequena comunidade para lançá-lo em um complexo contexto social cada vez mais globalizado e globalizante e permeado por incertezas.

Nada é estável e, como diria Bauman, tudo é líquido e a “verdadeira libertação requer hoje mais, e não menos, da ‘esfera pública’ e do ‘poder público’”.²⁹⁶

O anseio por segurança, sobretudo a jurídica, é inerente à vida em sociedade e, mesmo que na atualidade as mudanças na estrutura social ocorram com elevada rapidez, os cidadãos pretendem ter seu status e relações protegidas pelo Estado.

O princípio da proteção da confiança, portanto, não pretende engessar as construções normativas, diante de contextos sociais cada vez mais diversos, mas proteger as legítimas expectativas dos indivíduos, mesmo que ocorridas a partir de atos administrativos ilegais, de condutas do Estado que venham a frustrá-las.

A tutela do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito transindividual) não pode se agasalhar sob a mesma roupagem do direito liberal privatista das relações individuais, mas sim numa teoria da decisão que agregue conteúdo e prática democráticos e que, sobretudo, agregue estabilidade com as mudanças requeridas pelo corpo social num determinado contexto espaço-temporal.

O tempo é ao Direito uma dimensão essencial, mas sobretudo ambivalente, ao pedir-lhe que permaneça ao mesmo tempo que pede-lhe que mude. O Direito tendente à continuidade só ordenará se for dotado de alguma estabilidade ao passo que, só ordenará eficazmente se souber responder às mudanças de um sistema social cada vez mais dinâmico e instável.

Um projeto jurídico, portanto voltado para o futuro, deve dialogar com o sujeito (homem) como ser social, com o “objeto” (meio ambiente natural e artificial) e com as nuances do tempo na contemporaneidade, de modo a proteger os interesses individuais

²⁹⁶ BAUMAN, op. cit., 2001, p. 62.

(liberdade, igualdade, dignidade, propriedade, segurança, dentre outros) e coletivos (dentre eles o bem-estar social e equilíbrio ambiental) em detrimento dos interesses hiperindividuais impostos pelo mercado econômico voltado para o agora.

Não se quer dizer que o Direito deva relegar a proteção individual, em especial a confiança, liberdade e propriedade privada, mas tais direitos fundamentais - constitucionalmente previstos e defendidos - devem ser interpretados de forma que o todo (homem e meio) seja preservado.

O Estado (através de suas esferas legislativa, executiva e judiciária) não pode retroceder na proteção até aqui alcançada da coletividade e do equilíbrio ambiental, ao passo que deve ampliar tal proteção como compromisso presente para garantir equidade às futuras gerações.

Historicamente, a economia do Brasil tem suas bases na agricultura, mas foi a partir de 1930, com a mecanização da colheita do arroz no Rio Grande do Sul, que os espaços rural e urbano começaram a passar por bruscas modificações.

Em 1952 o então presidente Getúlio Vargas impulsionou a mecanização da agricultura do país com o projeto “Plantar Trigo”, que tinha o objetivo de tornar o Brasil auto-suficiente naquele produto. Sobrevindo em 1960 a “Revolução Verde” com a atuação das multinacionais em todo o mundo agrícola.

Desde então, a agricultura no país deu um “salto evolutivo” com a importação de máquinas e tratores pelos agricultores latifundiários nacionais. Mas a mecanização da agricultura gerou vários problemas socioambientais, já que o pequeno agricultor que não possuía máquinas não conseguia produzir como aqueles que a tinham, não conseguia pagar os financiamentos bancários para semear o solo e tinham suas terras absorvidas pelos grandes produtores latifundiários. Sem terra tinha que migrar para as grandes Cidades, já que os empregos no campo eram escassos na medida em que um trator e uma colheitadeira fazia o trabalho de dezenas de homens.

Com a rentabilidade apresentada pelo novo sistema de produção mecanizado a busca de novas terras para plantio se intensificaram o que também gerou grande degradação ao meio ambiente.

Os trabalhadores rurais que possuíam pequenas frações de terras para sua subsistência e de sua família, logo a perderam para o poder do capital, tendo que buscar meios de subsistência nas Cidades laborando em subempregos e tendo a necessidade de morar perto destes para reduzirem seus custos. E, a busca de mais terras pelos grandes agricultores

(monocultura mecanizada) causou grande degradação à biodiversidade e um inchaço nos aglomerados urbanos.

Atualmente, o Brasil possui 850 milhões de hectares em seu território, sendo que cerca de 560 milhões de hectares são utilizados para a agricultura e a pecuária desenvolvidas por latifundiários, sendo hoje qualificado como “O celeiro do mundo”. E a fronteira agrícola no Brasil não para de avançar com processos de desmatamento e utilização de áreas que deveriam ser preservadas. Tudo em nome do “desenvolvimento”.

Nos deparamos em todos os lugares, mas principalmente nos grandes centros urbanos, com a rápida (re)configuração dos espaços a partir de processos de urbanização sem controle, sem fiscalização, sem qualquer respeito às diretrizes urbanísticas e ambientais e, ainda, em alguns casos, com o expresse aval estatal para construção em locais dignos de proteção.

No que se refere aos espaços urbanos, conforme leciona Rech, como ramo do direito público, cujas normas tem natureza compulsória e cogente, o direito urbanístico tem como objetivo a sistematização e organização dos espaços urbanos (habitáveis ou não) “garantindo a estes sustentabilidade ambiental, econômica e social”²⁹⁷, com vistas a uma sadia qualidade de vida.

Ocorre que o planejamento urbanístico-ambiental de determinado local, pode sofrer, como sofre, mutações ao longo do tempo, que podem, inclusive, causar frustrações de expectativas, legítimas ou não, individuais ou coletivas. E a tensão entre mudança e permanência pode ser remediada pelo Direito que deve levar em consideração a proteção da confiança e do equilíbrio ambiental na análise de cada caso concreto.

Para melhor elucidar tal assertiva, vale referir que atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 6830/2013, que tem como objeto alterar a Lei n.º 12.651/2012 (Novo Código Florestal) a fim de que o Legislativo Municipal possa dispor sobre as áreas de proteção permanente nos aglomerados urbanos e regiões metropolitanas.²⁹⁸

No cenário legislativo brasileiro há alguns mecanismos que visam garantir a participação direta²⁹⁹ e indireta³⁰⁰ da população na proteção da qualidade ambiental, sendo

²⁹⁷ RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. *Direito urbanístico: fundamentos para a construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010, p. 36.

²⁹⁸ Cumpre esclarecer que, por se tratar de ato legislativo, em caso de análise pelo interprete constitucional, o princípio apropriado para embasamento deveria ser o da proibição de retrocesso.

²⁹⁹ Podemos aqui citar, a título exemplificativo, como formar de participação direta: iniciativa popular nos procedimentos legislativos (art. 61, caput e § 2º da CF/1988); plebiscito e referendos (art. 14, incisos I e II da CF/1988); atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados dotados de poderes normativos; participação em audiências públicas (art. 11, § 2º, da Resolução 001/86 do CONAMA).

³⁰⁰ Como exemplo temos a Ação Civil Pública Ambiental, com previsão na Lei n.º 7.347/85.

que as audiências públicas se traduzem em momento do procedimento de licenciamento ambiental voltado a informar e acolher sugestões dos participantes, não possuindo poder de condicionar a decisão administrativa às sugestões dos participantes na audiência que, como já referido, tem caráter consultivo.

Observe-se que o licenciamento ambiental é um importantíssimo instrumento de gestão, comando e controle na tutela ambiental e trata-se de ato administrativo, podendo gerar nos administrados legítimas expectativas, por tal razão demos atenção a tal ato no capítulo anterior.

No que se refere ao ato administrativo, sobretudo no ato de licenciar projeto de construção ou de utilização que gere (re)configuração dos espaços urbano ou rural, pode-se perceber que a ambivalência para o Direito causada pelo tempo se mostra ainda mais evidente, ainda mais quando os interesses em tensão se baseiam na confiança do cidadão (direito individual) no ato e a proteção do “meio” (direito transindividual).

Nesta esteira são colocadas em tensão as relações entre individual e coletivo, homem e meio ambiente, poder econômico e equilíbrio ambiental, passado (estabilidade) e futuro (mudança). Tensão esta que, na maioria das vezes, é decidida em âmbito judicial, cabendo ao juiz estabelecer uma dialética entre este misto de natureza e cultura, numa justa medida da continuidade e da mudança que assegura o equilíbrio das relações sociais e da proteção do “meio” do qual fazemos parte e que precisamos para a manutenção de nossa existência.

O principal pacto para o futuro da proteção do equilíbrio ambiental – a Constituição Federal de 1988³⁰¹ - nos fornece um aparato de proteção pelo Estado e pela coletividade do equilíbrio do “meio”, mas o que vemos na prática é a utilização de espaços particulares sem o respeito ao meio ambiente e apropriação de áreas comuns pelo mercado imobiliário e pelo agronegócio, o que demonstra a atuação rápida do mercado e o vagar lento do tempo da ação estatal.

³⁰¹ Art. 23, I, III, VI, VII e XI – Define como competência comum da União, Estados e Distrito Federal e dos Municípios, a conservação do Patrimônio Público, dos bens paisagísticos, do meio ambiente, e a fiscalização da pesquisa e exploração dos recursos hídricos e minerais;

Art. 24, VI a VIII – Coloca como competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal o ato de legislar sobre o meio ambiente, patrimônio paisagístico e responsabilidade por danos ambientais; Art. 30, I, VIII e IX – Confere ao município a competência para legislar sobre temas de importância e interesse local, promover o ordenamento territorial e proteção do patrimônio histórico-cultural local; Art. 170, VI – Estabelece como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente; Art. 186, II – Acrescenta a preservação do meio ambiente entre os requisitos para o atendimento da função social da propriedade; Art. 216, V e § 1º - Atribui ao Poder Público o dever de proteção do patrimônio cultural brasileiro, nele incluídas as áreas de valor paisagístico, arqueológico e ecológico; Art. 225 – Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para melhor elucidar o acima exposto, passamos aqui à análise de duas situações concretas.

Na região metropolitana de Porto Alegre/RS pode-se perceber claramente a prática do que foi acima afirmado.

O território denominado Ilha Grande dos Marinheiros constitui a união ambivalente entre passado (ocupação por pescadores, população de baixa renda), presente e futuro imediato (ocupação por população de média e alta renda que vem ocorrendo em escala cada vez maior) em áreas majoritariamente de preservação permanente.

Enquanto o mercado imobiliário (re)configura o território daquela ilha e obtém muito lucro³⁰² com a venda de áreas que deveriam ser comuns, o lento vagar do Estado tenta proteger aquele patrimônio ambiental, sem sucesso, já que durante a metropolização da cidade o Plano Básico para o Parque Estadual³⁰³ do Delta do Jacuí (1979), a criação da Unidade de Conservação de Uso Sustentável – APAEDJ (2005) – e o PAE (2010) não frearam a ocupação irregular daquela região, que aumentou em 50% dos anos de 1970 a 2000.

De acordo com as diretrizes do Sistema Estadual de Unidades de Conservação (SEUC), a APAEDJ tinha um tempo hábil de três anos para implantar o Plano de Manejo após a sua criação. Porém, a SEMA não conseguiu implantá-lo, e na tentativa de frear a ocupação urbana, criou o Plano de Ações Emergenciais através da Portaria nº. 007, de 03 de fevereiro de 2010. Após a implantação do Plano de Ações Emergenciais (PAE-APAEDJ), as ocupações de médio e grande impacto ambiental, impulsionados pela ação do mercado

³⁰² Em consulta de terrenos à venda naquele local podemos nos deparar com descrições como esta: “Excelente terreno na Ilha Grande dos Marinheiros, à beira do rio Guaíba, medindo 31x80m, com befeitorias: Aterrado com autorização da FEPAN, Gramado, Quiosque com bar, Piscina, Praia com areias brancas e Trapiche para barco. Venha desfrutar do mais belo por do Sol!”. E valores, em média, de R\$1,5 milhão. Fonte: http://www.luagge.com.br/venda_terreno-ilha-dos-marinheiros-porto-alegre_100241376, consulta em 16 de janeiro de 2016.

³⁰³ A Lei Federal n.º 9.985/2000 regulamentou o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da CRF/1988, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC – dispondo expressamente que: “Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. § 1º O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei. § 2º A visitação pública está sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração, e àquelas previstas em regulamento. § 3º A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento. § 4º As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.” Há uma vasta legislação que tutela as unidades de conservação, podendo aqui referirmos as seguintes: Decreto nº 4.340/2002; Decreto nº 5.746/2006; Decreto nº 5.758/2006 (Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP); e diversas portarias do Ministério do Meio Ambiente – 349/2006, 150/2006, 482/2010, dentre outras.

imobiliário, continuam acontecendo, enquanto se aguarda a formulação e aprovação do Plano de Manejo.

Situações similares são vividas não apenas em Porto Alegre, mas em diversos municípios do nosso país, competindo ao Direito, que se pretende eficaz na preservação do equilíbrio ambiental, responder em tempo hábil as (re)configurações urbanístico-ambientais realizadas de forma legal ou não pelo poder econômico do mercado.

Entretanto, há modificações do espaço urbanístico-ambiental que operam sob o manto da legalidade, ao menos aparente, de empreendimentos imobiliários que receberam o aval estatal (licenciamento ambiental) para sua implementação em áreas ambientalmente ou urbanisticamente protegidas. O que gera tensão entre o direito individual através da confiança depositada no ato estatal e os direitos transindividuais de proteção do equilíbrio do meio urbano, que merecem respostas em curto tempo pelo Poder Judiciário já que, o tempo aqui se mostra fundamental para a preservação do meio ambiente uma vez que iniciadas as obras o dano pode se mostrar irreversível.

O que se deve proteger? A proteção depositada no licenciamento ambiental para construção ou a integridade do local protegido pela norma fundamental?

Recentemente (dezembro de 2012) a Câmara Legislativa do Rio de Janeiro, em sessão de emergência, realizada um pouco antes do recesso legislativo, aprovou a Lei Complementar número 125 que permitiu a apropriação privada de área de preservação permanente, tendo sido a obra licenciada pelos órgãos administrativos daquele município.³⁰⁴

Referida ato permitiu que a construtora RJZ Cyrela construa um empreendimento imobiliário em referidas áreas de Mata Atlântica, nas margens da Lagoa Marapendí, que mistura frágeis mangues, pântanos e bancos de areia e abrigam cerca de 300 espécies identificadas incluindo dentre estas animais em risco de extinção.

Tal empreendimento imobiliário, além de possuir diversas torres de apartamentos luxuosos, que custam em média R\$16 milhões cada, contará com um campo de golfe que se estende por um milhão de metros quadrados sob área protegida e, pasmem-se, a lei municipal e o EPIA acolhem a justificativa da construtora de que a construção de um campo de golfe se qualifica como uso sustentável da terra. Tudo ao arpejo dos direitos/deveres fundamentais socioambientais e justificado pelas Olimpíadas Rio.

São vastos os exemplos de (re)configuração dos espaços protegidos no cenário nacional, não competindo aqui relacioná-los. Mas podemos perceber que direta ou

³⁰⁴ Tudo conforme dados da Câmara Municipal do Rio de Janeiro e informações obtidas no site <http://rioonwatch.org.br/>. Consulta em 16 de janeiro de 2016.

indiretamente o Estado Administrador e o Estado Legislador tem atuado de forma, no mínimo contraditória, aos deveres que a Lei Fundamental lhe atribuem no trato das questões socioambientais.

O rápido tempo das (re)configurações dos cenários urbanos devem encontrar no Direito, como projeção (movimento) e sobretudo na aplicação da norma, diante da ineficácia da Administração Pública em diversos casos concretos, sua necessária temporalização a fim de que o tempo próprio do meio possa ser respeitado e os espaços protegidos mantidos.

Afim de corroborar com o que restou exposto acima, colaciono parte do voto do E. Ministro Herman Benjamin (REsp 302.906/SP) em defesa da garantia fundamental da qualidade urbanístico-ambiental, diante da ambivalência trazida ao Direito pelo tempo rápido da (re)configuração dos espaços urbanos na contemporaneidade. *Verbis*:

O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável.

O Direito, com o “progresso” social, tecnológico e político, como a grande maioria das áreas do saber, se viu obrigado a enfrentar problemas relativos à sua eficiência (teoria) e eficácia (prática) diante do tempo dinâmico da pós-modernidade e sua multiplicidade de interesses, devendo ser conduzido com “temperança” (sabedoria do tempo), a justa medida da continuidade e da mudança que assegura o equilíbrio das relações sociais e do equilíbrio do “meio” urbanístico-ambiental.

Por excelência, a Constituição Federal de 1988 é o elo de ligação com o futuro e guardiã das promessas que o corpo social pôde fazer a si próprio no passado e pode fazer no presente, a fim de diminuir a frustração de suas legítimas expectativas de estabilidade das relações e de um meio ambiente sadio, para as presentes e futuras gerações.

Se o Direito, como estrutura de um sistema social, tem como base, num determinado contexto espaço-temporal, selecionar as expectativas dando a estas sentido, estabilidade e coerência, a fim de protegê-las dos desapontamentos que se mostram cada vez mais latentes no modo de organização das sociedades hiperindividualistas e hiperconsumistas da contemporaneidade, deve encontrar uma justa medida entre permanência e mutabilidade, já que existe em função da sociedade.

A (re)configuração dos espaços urbanístico-ambientais traz para o Direito uma demanda ambivalente, em especial na efetivação das normas fundamentais de proteção ambiental, entre se omitir e agir, sucumbir ao poder econômico e preservar os interesses transindividuais, permanecer e mudar, já que a efetivação do direito material conduz à necessária efetividade da tutela jurisdicional, como direito fundamental no sentido funcional (art. 5º, inciso XXV da Constituição Federal de 1988).

Aos juristas foi confiada a missão de guardar a memória social, não apenas para a manutenção do passado, mas para garantir no presente e no futuro o cumprimento das promessas realizadas naquela fração temporal. Caminhar para o futuro não quer dizer livrar-se do passado, mas de submetê-lo “ao processo permanente, crítico e reflexivo de revisão, que ao mesmo tempo lhe garanta uma consciência mais exata de sua singularidade e lhe organize uma abertura dialógica com as outras tradições num espaço público de discussão”³⁰⁵, a fim de que a dialética entre tempo e direito, passado e futuro, mudança e permanência, conduzam à preservação do homem e do equilíbrio do meio em que vive.

Como competiu e compete aos juristas, principalmente ao intérprete constitucional, a missão de guardar a memória e manter as promessas sociais, passaremos a seguir à análise de alguns casos pontuais de julgamentos por nossos tribunais que tiveram como discussão a proteção substancial da confiança e a tutela do equilíbrio ambiental.

4.5 Tensão entre proteção à confiança e proteção do equilíbrio ambiental no âmbito da jurisprudência dos tribunais brasileiros: alguns casos pontuais

Conciliar estabilidade e previsibilidade das relações na atual dinâmica social, sustentadas em atos administrativos, com as mudanças necessárias à proteção do equilíbrio do meio ambiente não se traduz em tarefa das mais fáceis, já que se colocam em tensão, frequentemente, a confiança depositada nos atos estatais que albergam conduta permissiva ao cidadão de exercer direitos fundamentais de liberdade e propriedade (dentre outros), com a proteção ampla concernente ao direito/dever fundamental ao meio ambiente equilibrado.

E tal discussão passa pela análise do Poder Judiciário uma vez que, como vimos anteriormente, já que alguns atos legislativos e/ou administrativos por vezes não respeitam direitos e deveres fundamentais.

Imaginemos dois casos hipotéticos postos à análise do Poder Judiciário.

³⁰⁵ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005, p. 147.

No primeiro deles, foi autorizada por licenciamento ambiental concedido pelo órgão competente a reforma e ampliação de uma pousada em Fernando de Noronha que, sabidamente, trata-se de espaço especialmente protegido.

No segundo caso, foi autorizada por licença ambiental concedida pelo órgão estadual a instalação em área urbana de unidade industrial de papel e celulose de indústria que atua em mais de um Estado da federação cuja atividade é de alto impacto ambiental.

Ambos os casos possuem em maior ou menor grau impactos ao meio ambiente, foram autorizados pelo Poder Público e, portanto, geram expectativas legítimas individuais na manutenção do ato e, conseqüentemente, no agir dos administrados com base no ato.

Sendo assim, passemos então à análise de algumas situações de tensão entre os direitos fundamentais da confiança no ato estatal e preservação do equilíbrio do meio ambiente, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, destacando que, em alguns destes casos o julgador não faz menção expressa ao princípio da proteção da confiança, mas o conteúdo deste princípio pode ser extraído da decisão.

O primeiro trata de licença concedida pelo órgão ambiental do município de Vitória/ES para parcelamento de solo urbano para a construção de loteamento residencial. Ocorre que, para a construção do loteamento, se fazia necessário o aterramento de terreno de mangue que, sabe-se, ou ao menos se deveria saber, tratar-se de área de preservação permanente³⁰⁶. Nesta situação em especial o Ministério Público ingressou com ação civil pública contra o proprietário do empreendimento e contra a municipalidade, por sua vez o proprietário do empreendimento suscitou em sua defesa estar amparado no direito constitucional de propriedade e no direito adquirido (a concepção correta seria a do caráter subjetivo da segurança jurídica – proteção à confiança), através da licença para construção da infra-estrutura, de continuar com as obras. Entretanto, a decisão ponderou que a municipalidade poderia “*no âmbito de sua competência legislativa suplementar, alargar a proteção ambiental, sendo-lhe vedado restringi-la*”, bem como a inexistência de direito adquirido de poluir. As obras foram interrompidas.³⁰⁷

³⁰⁶ Dispõe a Resolução n.º 303/2002 do CONAMA: “Art. 2º, [...] IX - manguezal: ecossistema litorâneo que ocorre em terrenos baixos, sujeitos à ação das marés, formado por vasas lodosas recentes ou arenosas, às quais se associa, predominantemente, a vegetação natural conhecida como mangue, com influência flúvio-marinha, típica de solos limosos de regiões estuarinas e com dispersão descontínua ao longo da costa brasileira, entre os estados do Amapá e Santa Catarina”. O Novo Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012) conceitua manguezal nestes mesmos moldes. Em 1985 a Resolução n.º 04 do CONAMA já considerava o manguezal como *Reserva Ecológica* (art. 3º, VIII), e a lei 7.661/88, já impunha prioridade de conservação e proteção a tais áreas (art. 3º, I).

³⁰⁷ Ementa da decisão: DIREITO AMBIENTAL. LOTEAMENTO E URBANIZAÇÃO PREVISTO EM PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA. LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO. ATERRAMENTO DE ÁREA ENQUADRADA COMO ÁREA DE MANGUE. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E DO CÓDIGO FLORESTAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO DE POLUIR. Preliminares superadas.

Neste caso verifica-se, portanto, a prevalência da proteção ambiental mesmo diante da concessão de licença para construção e da confiança nela depositada pelo particular no ato da autoridade pública. No entanto, pode-se observar que o julgador fundamentou a decisão com base na inexistência de direito adquirido de poluir.

Num segundo caso, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina se insurgiu contra licença ambiental, concedida pela autoridade municipal, de construção em local em que existia uma fonte de origem portuguesa (patrimônio histórico), requerendo assim liminar para suspender os efeitos da licença. No entanto, mesmo a decisão tendo reconhecido a existência da fonte e seu valor histórico-cultural, bem como o parecer desfavorável do MP à construção, entendeu que este não tem caráter vinculante e que o pedido deveria ser julgado de forma desfavorável por perda do objeto, já que a fonte portuguesa já havia sido demolida. A lentidão na aplicação do Direito acarretou, portanto, a supressão do bem ambiental que deveria ser objeto de proteção.³⁰⁸

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva e a legitimação passiva para a causa decorre do conceito de poluidor do art. 3o, IV, da Lei no 6.938/81. Aplica-se ao caso concreto a regra do art. 400, II, do CPC, quanto à dispensa na produção de prova testemunhal. Tendo sido o laudo pericial juntado aos autos sete anos antes da conclusão para sentença, afasta-se a arguição de cerceamento de defesa. A via eleita (ação civil pública) é a adequada, conforme art. 1o, I, da Lei no 7.347/85. Não há identidade entre a presente ação civil pública e o mandado de segurança impetrado junto à Justiça do Estado por VIVACQUA IRMÃOS S/A contra ato do Secretário de Estado de Meio Ambiente do Espírito Santo. Conseqüentemente, não há que se falar em ofensa à coisa julgada. Ambos os Juízos atuaram nos limites de sua competência. Eventual necessidade de reunião de ações, perante a Justiça Federal, não questionada. No mérito, o exercício do direito de propriedade sofre limitação constitucional. Incidência, no caso concreto, das normas previstas nos artigos 23, VI e VII, 24, VI, 30, II e 225 da CRFB/88. O parcelamento ou loteamento do solo urbano, pelo Município, deve observar a proteção, definida em lei, às áreas de preservação ecológica. O Município, ao editar Plano Diretor e definir quais as áreas de zoneamento urbano, pode, no âmbito de sua competência legislativa suplementar, alargar a proteção ambiental, sendo-lhe vedado restringi-la. A área em questão foi considerada, conforme prova pericial, terreno de mangue, e é objeto de proteção conforme art. 2o da Lei Federal no 4.771/65 (Código Florestal). A concessão à 1ª apelante de licença de construção da infra-estrutura do loteamento Bairro Jabour, pelo Município, permitindo-lhe o aterramento de área de preservação permanente, não cria direito adquirido de poluir. Inexistência de licença ambiental ou de estudo de impacto ambiental. Apelações improvidas. (AC 289198 ES 2002.02.01.023408-5, Relator(a) Desembargador Federal THEOPHILO MIGUEL, Sétima Turma Especializada, DJU, data 01/08/2007, página 139)

³⁰⁸ Ementa da decisão: AMBIENTAL. LICENÇA SUSPensa COM BASE EM RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE NÃO TEM FORÇA VINCULANTE. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE. SUSPENSÃO QUE VISAVA A REALIZAÇÃO DE ESTUDO PARA FINS DE PRESERVAÇÃO HISTÓRICA. FONTE DE ORIGEM PORTUGUESA, JÁ DEMOLIDA, COM RESPALDO EM ALVARÁ VÁLIDO. OBJETO ESVAZIADO. RECURSO PROVIDO PARA CONCEDER A LIMINAR. "1. O Tribunal Pleno, no RE 594.296, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 13/02/2012, processo submetido à sistemática da repercussão geral, decidiu que a revogação de atos administrativos de que já decorreram efeitos concretos deve ser precedida por procedimento administrativo em que se oportunize a manifestação do interessado, sob pena de infringência às garantias do contraditório e da ampla defesa." (AgR no RE n. 499.791, rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 20-8-2013) "A recomendação do Ministério Público desfavorável ao licenciamento ambiental de certa localidade, dado o seu caráter meramente enunciativo e a ausência de previsão legal, não contém força cogente capaz de trancar ou suspender o processo administrativo para obtenção de licença ambiental instaurado no órgão ambiental estadual (art. 37, 'caput', da Constituição Federal), independentemente da decisão (positiva ou negativa) que vier a ser tomada. (TJSC, Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2010.044563-8, da Capital, j. 30.11.2010)" (RN n. 2009.057465-0, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 12-4-2011).

Observe-se que neste caso, tanto a conduta omissiva/negligente da administração pública em não apontar a existência de uma fonte portuguesa centenária, e licenciar a destruição da mesma, quanto a demora na suspensão das obras pela via judicial, foram decisivos na supressão do bem ambientalmente que deveria ser protegido.

Quando se trata de proteção ambiental o tempo moroso da análise e decisões judiciais deveria acompanhar o tempo veloz da dinâmica social e econômica, sob pena de perda do objeto tutelado ao fim do trâmite processual.

Pois bem, uma terceira situação trata de Medida Cautelar em Reclamação³⁰⁹, com pedido liminar, realizada no Supremo Tribunal Federal pela Maggi Energia S. A.³¹⁰ contra decisão da Justiça Federal do Estado do Mato Grosso que, supostamente, teria afrontado decisão proferida pelo próprio STF na SL 368/MT.

No processo de origem o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, contra a Maggi Energia S/A, o Estado de Mato Grosso e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – IBAMA, com pedido liminar para, dentre outros pedidos, “suspender a eficácia das licenças ambientais concedidas pelo órgão ambiental estadual (SEMA/MT), para que o Estado do Mato Grosso se abstinhasse de prosseguir no processo de licenciamento ambiental e para impedir a MAGGI de prosseguir nas obras relacionadas à construção dessa central hidrelétrica”. Em primeira instância e no Tribunal Regional Federal da Primeira Região o pedido do MPF foi deferido, inclusive com julgamento de mérito na primeira instância para declarar a nulidade do licenciamento. Já que as duas primeiras instâncias levaram em consideração os danos ambientais decorrentes da obra, uma vez que, além do empreendimento estar em área que constitui patrimônio nacional (art. 225, § 4º, da CF), de propriedade da União (arts. 20, incisos III e VIII, e 176, da CF), e que pode estar afetando terras tradicionalmente ocupadas por indígenas (arts. 20, inciso XI, e 231, § 3º, da CF), os danos ambientais, caso as obras persistissem, seriam de grande proporção.

Ocorre que, em que pese todos os argumentos levados ao conhecimento do Poder Judiciário pela coletividade, através do MPF, o Egrégio Supremo Tribunal Federal suspendeu os efeitos da medida liminar que interrompia o andamento das obras sob o seguinte

(TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.078339-3, de Joinville, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 18-11-2014).

³⁰⁹ Rcl 17133 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) RICARDO LEWANDOWSKI (Vice-Presidente), julgado em 30/01/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07/02/2014 PUBLIC 10/02/2014. Não transcrevemos a ementa por ser muito longa, para maiores informações consultar inteiro teor disponível no site do STF.

³¹⁰ A Maggi Energia S.A. pertence ao senador Blairo Maggi (PR-MT)

argumento: “entendo, nesse juízo de deliberação, que o perigo na demora seria inverso, uma vez que a paralisação abrupta das atividades da UHE Teles Pires, sem o devido planejamento, causará danos ainda maiores ao meio ambiente do que aqueles que se pretende evitar com a liminar, além de possivelmente acarretar os prejuízos econômicos e sociais acima apontados”. As obras continuam mesmo sem decisão final acerca do mérito da ação.

Pode-se perceber da análise desta decisão que o risco ambiental não teve tanta importância quando levado em consideração os possíveis “prejuízos econômicos e sociais”.

Ademais, mesmo que não conste expressamente da decisão do STF, resta presente o “depósito” de confiança do empreendedor na licença que lhe foi concedida pelo Poder Executivo para permitir a construção da hidroelétrica.

Nestes três casos apreciados por Tribunais Estaduais, sendo que o último deles foi apreciado e decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber três elementos fundamentais: a) houve ato administrativo, através da concessão de licença ambiental, permitindo ao titular do empreendimento que realizasse as obras; b) o ato de concessão da(s) licença(s) gerou no empreendedor a confiança legítima de que estava agindo dentro dos mandamentos de direito e que seus interesses seriam preservados; c) as situações foram submetidas ao crivo do Poder Judiciário a fim de que os atos administrativos fossem mantidos ou invalidados; e d) em determinada medida, uns mais e outros menos, há danos ambientais em decorrência da execução e manutenção dos empreendimentos, sendo que no primeiro as obras foram interrompidas e nos dois seguintes mantidas.

Nos casos acima não há expressa referência ao princípio da proteção da confiança, mas ele se mostra presente já que os elementos para sua configuração constam tanto das pretensões de direitos deduzidas pelos interessados, quanto da fundamentação das decisões.

Em outras decisões, portanto, há menção expressa ao princípio da proteção da confiança, mesmo que em alguns deles haja falha terminológica do julgador em confundi-lo com boa-fé ou com a segurança jurídica em sua dimensão objetiva. Vamos então à análise de alguns destes casos a fim de verificar a ocorrência de tal princípio e sua aplicação.

A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região³¹¹ em julgamento recente, 17/07/2015, proveniente de ação da Comarca de Blumenau, se deparou com o caso concreto a seguir descrito.

O Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública contra a Malwee Malhas Blumenau Ltda com a pretensão de que esta proceda a demolição de construções do

³¹¹ TRF4, AC 5008662-75.2013.404.7205, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 17/07/2015.

seu parque fabril existentes sobre terras de marinha e áreas de preservação permanente, bem como contra a União e o IBAMA para que estes exerçam constante fiscalização nas áreas contiguas ao terreno da Malwee, eis que também se tratam de áreas protegidas e, ainda, contra o Município de Blumenau a fim de que este se abstenção de expedir alvarás de construção, reforma e ampliação naquelas áreas.

O parque industrial da Malwee foi construído em 1978 e as atividades iniciaram em 1982, sendo que em 2005 a empresa construiu um heliponto também em área de preservação permanente – cerca de 33 metros da margem do Rio Itajaí-Açu que possui, naquele local, 254 metros de largura.

No âmbito administrativo a empresa firmou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público no ano de 2009 que previa a demolição e recuperação das áreas protegidas, conforme legislação da época, em 2059.

A sentença de primeiro grau, mantida hígida pelo tribunal em todos os seus fundamentos, não homologou o TAC entendendo pela invalidade do mesmo tendo como fundamento o que segue:

Como se observa, o termo de compromisso transcende os limites de razoabilidade e de proporcionalidade admissíveis e necessários à proteção do meio ambiente, fundamento primordial em ações como estas. Ora, como aceitar que um acordo proposto pelo MPF - que deve resguardar os interesses da sociedade - determine a demolição de obra irregular somente 50 anos após a celebração do TAC? Ou melhor, como aceitar que o agente causador do dano ambiental sofra a sanção estatal apenas 50 anos depois da prática do dano?

É inegável que o TAC é totalmente inválido e contrário às normas constitucionais protetivas ao meio ambiente (artigo 225). E mais, além de fixar a demolição do imóvel em 50 anos, o acordo também autorizou uma nova construção, de um heliponto (item 3.3 e parágrafo único, fl. 417), em total afronta aos fins institucionais ao Ministério Público (artigo 129 da Constituição). Tal disposição, em verdade, choca-se, pois incompatível, com toda a pretensão veiculada pelo MPF, de tutelar o meio ambiente em área de preservação permanente.³¹²

Cumprе ressaltar que o TAC foi instituído pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985, art. 5º, § 6º), portanto em 1985, e a fundamentação leva em consideração TAC firmado a mais de 50 anos da decisão. Tal argumentação se mostra, no mínimo, incongruente.

No mérito a decisão julgou parcialmente procedente, cujo dispositivo vale aqui transcrever:

³¹² Texto extraído do relatório do voto da Desembargadora Relatora da decisão proferida no AC 5008662-75.2013.404.7205.

Ante o exposto, julgo o processo sem resolução do mérito em relação aos pedidos veiculados nos itens "f", "g", "i" e "j" da petição inicial, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO para resolver o processo (art. 269 I do CPC) e condenar a ré MALWEE MALHAS BLUMENAU LTDA às obrigações de fazer no que toca à área em que foi construído irregularmente o heliponto situado na Rua Itajaí, 5707, consistentes em [1] elaborar plano de recuperação de área degradada (PRAD) da área situada abaixo e no entorno da obra, que observe as recomendações do IBAMA, apresentando-o perante o IBAMA, que deverá analisá-lo no prazo de 60 (sessenta) dias; [2] iniciar a implementação do referido PRAD no prazo de 30 (trinta) dias após a aprovação pelo IBAMA, encerrando-o dentro do cronograma estipulado, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), sem prejuízo de outras sanções na fase de execução; e ao [3] pagamento de indenização no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), que reverterá em prol do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, nos termos do art. 13 da Lei nº. 7.347/85. As obrigações deverão ser cumpridas no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 11, da Lei 7347/1985.

Ainda, quanto ao pedido de demolição e recuperação das áreas onde estão situadas o complexo industrial e o heliponto a decisão entendeu pela manutenção das construções devendo, entretanto, a empresa pagar indenização no valor de R\$200 mil e realizar/promover plano de recuperação de área degradada (PRAD) da área situada abaixo e no entorno das obras.

Em especial no que tange ao presente estudo, pode-se verificar tensão entre o princípio da proteção substancial da confiança e a proteção de terrenos de marinha e de APP cuja solução judicial, ao menos no que se refere à construção do complexo industrial – realizada a mais de 20 anos – teve como fundamentação aquele princípio. Senão, vejamos:

A proteção da confiança já balizou inúmeros julgamentos do Supremo Tribunal Federal, proferidos com a finalidade de proteger o próprio Estado e a sociedade. [...]

A posição acima adotada é aplicada apenas em relação à parte do imóvel que foi construído há mais de duas décadas (sede principal da MALWEE), cuja investigação sobre a regularidade ou irregularidade está obstada por força dos impedimentos extraídos dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

O acórdão acima foi objeto de recursos (especial e extraordinário) pelo MPF em 09/12/2015 e aguarda julgamento pelos E. STJ e STF.

No âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça ainda são parcas as decisões que analisam tensões entre o princípio acima estudado e a tutela do meio ambiente, sendo

aquele utilizado primariamente em contendas tributárias³¹³ e envolvendo expectativas legítimas de direitos de servidores públicos³¹⁴

Mas também já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em determinar a demolição de empreendimento que possuía licença para construção que não obedeciam as legislações urbanístico-ambientais, bem como ao determinar obediência a restrições convencionadas na esfera particular.³¹⁵ Entretanto, nestas decisões não há menção expressa ao princípio em estudo, mas este está presente de forma implícita.

Porem, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 164.544/MS, a Terceira Turma do STJ, por decisão monocrática do Ministro Antônio Carlos Ferreira, julgado em 15/08/2013, acolheu decisão do Tribunal do Estado do Mato Grosso que, no caso concreto, acolheu o princípio da proteção da confiança em detrimento da proteção de APP.

O caso levado à apreciação trata de licença para reforma em pousada localizada no Distrito Estadual de Fernando de Noronha/PE que foi aprovada e licenciada pelo órgão ambiental competente, sendo que, após a aprovação e início das obras, o operador da pousada foi autuado para interromper as obras bem como pagar multa pecuniária.

O operador da pousada, então agravante, obteve licença do órgão estadual, não tendo este remetido o processo administrativo ao órgão ambiental federal como deveria.

Mesmo diante de tais circunstâncias, a decisão em comento privilegiou a confiança depositada no ato estatal e determinou o prosseguimento das obras utilizando os seguintes fundamentos:

[...] com base na licença obtida, o empreendedor executou parcela substancial da obra, sendo possível invocar em seu favor o princípio da

³¹³ Neste sentido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se valeu da utilização do princípio da proteção da segurança em julgamentos de recursos repetitivos. Vale transcrever parte das ementas: “O princípio da imutabilidade do lançamento tributário, insculpido no artigo 145, do CTN, prenuncia que o poder-dever de autotutela da Administração Tributária, consubstanciado na possibilidade de revisão do ato administrativo constitutivo do crédito tributário, somente pode ser exercido nas hipóteses elencadas no artigo 149, do Codex Tributário, e desde que não ultimada a extinção do crédito pelo decurso do prazo decadencial quinquenal, *em homenagem ao princípio da proteção à confiança do contribuinte* (encartado no artigo 146) e no respeito ao ato jurídico perfeito” (REsp 1115501/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 10/11/2010, DJE 30/11/2010); “[...] nas hipóteses de erro de direito (equivoco na valoração jurídica dos fatos), o ato administrativo de lançamento tributário revela-se imodificável, *máxime em virtude do princípio da proteção à confiança*” (REsp 1130545/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/08/2010, DJE 22/02/2011). Itálicos nossos.

³¹⁴ Neste sentido: AgRg no MS 21.940/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/09/2015, DJe 30/09/2015 e; MS 19.369/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 03/09/2015.

³¹⁵ Vide REsp 1394025/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 08/10/2013, DJE 18/10/2013 e REsp 302.906/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/08/2010, DJE 01/12/2010.

segurança jurídica e da proteção à confiança, tendo em vista que o empreendedor se dirigiu ao ente competente para conceder o licenciamento, atendeu a todas as exigências por ele formuladas, findando por obter a licença pretendida.

[...] Assim, não poderá ser a agravante prejudicada por divergências entre os órgãos públicos acerca da tramitação do seu pedido de licenciamento [...]³¹⁶

O Egrégio STF no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 633.703/MG, que versa sobre a aplicação da “Lei da Ficha Limpa” utilizou em seus argumentos, de forma expressa o princípio da proteção da confiança, conforme se pode extrair de parte da ementa a seguir colacionada:

O princípio da proteção da confiança, imanente ao nosso sistema constitucional, visa a proteger o indivíduo contra alterações súbitas e injustas em sua esfera patrimonial e de liberdade, e deve fazer irradiar um direito de reação contra um comportamento descontínuo e contraditório do Estado. [...]

Tal decisão contou com um vasto embasamento doutrinário alicerçado no princípio da proteção da confiança. Entretanto, até a redação da presente dissertação, com exceção dos casos acima narrados, não há decisões do STF que utilizem expressamente, em matéria ambiental, a segurança jurídica em sua dimensão subjetiva (proteção à confiança) sendo este princípio utilizado de forma genérica (segurança jurídica e boa-fé), mas os elementos para sua devida delimitação conceitual estão presente nas decisões daquela Corte, como já visto acima, e a correta terminologia deste princípio não tardará.

Feitas tais análises a partir da jurisprudência pátria, passemos à discutir o necessário trato da tutela ambiental no âmbito jurisprudencial.

4.6 A necessária superação do paradigma racionalista na tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado

Até aqui vimos de forma reiterada a importância do princípio da proteção substancial da confiança para assegurar estabilidade às relações sociais e a necessária proteção do equilíbrio ambiental para garantir às presentes e futuras gerações condições a uma sadia qualidade de vida.

Se de um lado a proteção da confiança visa resguardar situações fáticas e jurídicas que tiveram em sua base atos estatais que se mantiveram com o passar do tempo e que com o

³¹⁶ Texto extraído da ementa da decisão proferida no julgamento do AgRg no AREsp n.º 164.544/MS.

transcurso deste pretendem ser alteradas pelo próprio Estado, os princípios que guarnecem o meio ambiente visam a proteção individual, coletiva e transgeracional, além da vida em sua diversidade e complexidade.

Tratam-se, ambos, de princípios fundamentais que o pacto constitucional de 1988 deve proteger. Mas tal proteção não se traduz em tarefa fácil para um Direito que busca certezas³¹⁷.

Vale lembrar que o princípio da proteção da confiança se traduz em direito fundamental *subjetivo* que tem o particular contra o Estado (*direito de defesa* - ou de liberdades), gerando ao primeiro um *status ativo* (direito) e para o segundo um *status negativo* (dever).

Já os princípios fundamentais da tutela ambiental são um misto de status (negativo, ativo e positivo) já que atribui tanto aos particulares quanto ao Estado direitos e deveres.

Vale referir que “ter direito é ter, em última análise, a faculdade de gozá-lo”³¹⁸ e ter deveres corresponde à obrigação de cumpri-los. Em ambos os casos, a não observância de direitos ou deveres pode conduzir à busca do efetivo cumprimento das ações e/ou abstenções.

Na contemporaneidade o particular, que faz parte de um sistema social e está submetido a um sistema jurídico, não pode realizar privativamente ações que visem efetivar a defesa de seus direitos subjetivos nem de compelir o Estado e outros particulares ao cumprimento de seus respectivos deveres, necessitando da tutela do Estado-juiz para que tais pretensões sejam analisadas e buscadas.

E, nos cenários atuais, cada vez mais nos deparamos com o corriqueiro descumprimento dos direitos e deveres, tanto por parte dos particulares, quanto por parte do Estado, num quadro de inefetividade da norma e irresponsabilidade pelo seu descumprimento, o que tem gerado cada vez mais a busca da concretização dos direitos/deveres materiais (normativos) na esfera formal (processo).

³¹⁷ Conforme pondera Pardo “El derecho, los poderes públicos, los juristas, siguen fascinados por una ciencia que realizó descubrimientos espectaculares y que sigue deslumbrando con sus avances, pero en la que ya no se encuentran las certezas de antaño. El derecho persiste en ir a buscar en la ciencia certidumbres, cuando lo que obtiene de ella son, como mucho, probabilidades. Se cierra así un círculo envolvente que se inicia quando la ciencia, con sus avances, plantea incertidumbres que afectan a derechos y valores relevantes que ella no resuelve; son las instancias políticas o jurídicas las que han de decidir; pero éstas a su vez se remiten a la ciencia en la búsqueda de unas certezas que allí con frecuencia no encuentran, con el riesgo de que sea la tecnociencia organizada la que acabe dominando espacios de decisión con el déficit de legitimidad que de ello resulta.” (PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 18)

³¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2ª ed. v. 1. Porto Alegre: Editor Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 64.

Cumpra esclarecer que o processo não pode ser visto como um fim em si mesmo, senão como instrumento para concretização dos direitos/deveres materiais subjetivos, seja de forma antecipada ou na sentença final, não podendo se divorciar do contexto social e espaço-temporal no qual se busca aplicar o Direito.

E quando se trata da realização de direitos/deveres inerentes aos princípios fundamentais individuais, coletivos ou transindividuais o problema para o Judiciário é ainda maior em face dos paradigmas ideológicos ainda arraigados na cultura jurídica brasileira atual.

Isso porque não se pode ver o Direito, com lentes diminutas, como um sistema de normas destinadas a regular as relações sociais assegurando padrões mínimos de comportamento para que seja possível uma harmônica convivência entre atores sociais – direito como força vinculativa garantida pela coerção e valores não jurídicos (*prejudicados*). Ao contrário, ao direito se atribui eficácia criadora (*poiética*) muito maior, já que este não cria apenas a paz e a segurança com base em valores prejudiciais e sim, em boa medida, cria os próprios valores sobre os quais a paz e a segurança se estabelecem numa determinada sociedade e num determinado tempo/espaço.

No cenário teórico científico, em sentido amplo, Thomas Kuhn salienta que os paradigmas se traduzem nas “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”³¹⁹ e assumem o contorno de “matriz disciplinar”³²⁰, sendo que para uma mudança no paradigma se faz necessária uma verdadeira “revolução científica”.

Acerca das ciências jurídicas e sociais, Habermas parece ser o principal expoente dos paradigmas, e para este autor os paradigmas explicam como as normas jurídicas devem ser concebidas e implementadas para que cumpram, em um determinado contexto social, as funções que lhe são atribuídas pelo Direito, tendo como principal incumbência “reduzir as complexidades” que envolvem uma decisão, mas também legitimar a atuação dos tribunais frente aos jurisdicionados.³²¹

Com o advento do Constitucionalismo, podemos dividir os paradigmas jurídicos em três principais categorias, em relação ao modelo estatal, numa determinada sociedade e

³¹⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 13.

³²⁰ Para melhor elucidar “disciplinar porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; matriz porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação mais pormenorizada” (Ibid., p. 226).

³²¹ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 130.

contexto histórico: paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal; paradigma jurídico-constitucional do Estado Social e; paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito (podendo-se aqui inserir o termo Socioambiental).

O primeiro destes paradigmas (Estado Liberal) tinha como base a defesa da propriedade privada, embora os direitos fundamentais de igualdade e liberdade também fossem importantes para operacionalizar tal paradigma. E neste contexto é reservada ao Estado, com maior peso, uma função negativa, o que o colocou em xeque face a carência econômica e social de grande parte dos administrados num modelo capitalista de mercado.

O segundo paradigma, conforme Bonavides³²², pretendeu conjugar o modelo econômico capitalista como forma de produção com o *Welfare State* (ou Estado de Bem-estar social) como forma de vida, sendo responsável pela releitura dos direitos individuais e políticos e instituição de direitos sociais e econômicos – acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (coletivos e sociais).

O paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito acrescenta aos paradigmas anteriores direitos de participação e fiscalização aos cidadãos, compreendendo ainda direitos e interesses difusos (de terceira geração), como os direitos a um meio ambiente equilibrado e do consumidor.³²³

Todos os modelos acima permeiam - e são permeados - o ordenamento jurídico em suas bases de criação e aplicação do Direito. Sendo que todos os poderes estatais ficam atrelados às determinações do pacto constitucional.

Entretanto, cada vez mais os Poderes Executivo e Legislativo, principalmente aquele, não conseguem concretizar³²⁴ minimamente o que ficou estabelecido pelos mandamentos constitucionais, sobretudo no que concerne à soluções envolvendo direitos e deveres fundamentais, o que acarreta o debate de tais temas no âmbito do Poder Judiciário.

³²² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 186.

³²³ Segundo Streck “Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um plus (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o welfare state não passou de um simulacro.” (STRECK, Lênio. *Heremênutica, Constituição e autonomia do Direito*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Heremênutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo: jan./jun., 2009, p. 66.

³²⁴ Acerca do problema da efetivação dos direitos fundamentais, Fernanda Silva adverte que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.” (SILVA, Fernanda Lopes da. *Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106).

O processo judicial, não deveria, mas tem sido a única e última forma de se buscar pretensões de direitos fundamentais resistidas por aqueles que deveriam garanti-los e, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, tem se tornado, como não poderia ser diferente, uma batalha argumentativa de pretensões (legítimas ou não, já que é a decisão que se incumbirá de tal análise após um amplo processo argumentativo) conflitantes num procedimento moroso e (im)previsível, garantidos pelo direito processual.³²⁵

Esta batalha argumentativa exauriente tem suas bases no paradigma *jusracionalista* e assento na própria Magna Carta de 1988 - a prestação jurisdicional deve obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa esculpido no artigo art. 5º, inciso LV da CF/1988.

Legado este do paradigma do Estado Liberal que priorizou na construção de um Poder Judiciário, para aquele eficiente, o valor “segurança”, representado por um ideário racionalista pelo qual o processo, como cognição exauriente, busca atingir a vontade da lei pelo método adequado utilizado pelo juiz, já que aquela tem sentido unívoco. Modelo este que não se mostra adequado à tutela de direitos sociais e transindividuais reclamados na atualidade.

Acerca da influência do paradigma racionalista na processualística brasileira, vale transcrever as lições de Ovídio Batista:

[...] nossa submissão ao paradigma racionalista exige de toda relação litigiosa obediência ao princípio da “cognição exauriente”, eliminando a possibilidade de uma “pretensão material à segurança”, dotada de autonomia processual, porque, nesta espécie de proteção jurisdicional, tutela-se a simples aparência do direito, sem que o juiz possa descobrir a “vontade da lei”, posto ser a sua cognição fundada em probabilidade.³²⁶

O modelo de jurisdição brasileiro, ainda contaminado pelo paradigma racionalista e sua carga ideológica que pretende atribuir ao Juiz a função de intérprete da lei ou da “vontade do legislador” encontra bases na influência do modelo econômico vigente sobre o Estado e seus respectivos poderes, fazendo do Direito uma ferramenta política de manutenção do *status quo* do complexo modelo social contemporâneo, criando no imaginário social a

³²⁵ Conforme salienta Habermas “Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhes são próprios.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo, 1997, v. I, p. 274).

³²⁶ SILVA, op. cit., 2006, p. 126.

(falsa) idéia de igualdade e segurança através de um Direito que traduz a vontade de todos e, portanto, é justo.

Sob este manto, entendem alguns operadores do Direito estarem “fazendo justiça” ao aplicarem o estrito texto legal.

Cumpra observar que na atividade forense não são raras as vezes em que nos deparamos com decisões evasivas que se socorrem nos requisitos formais da lei ou do ato, para não se debruçarem sobre questões de mérito de suma importância, ou que valem-se de argumentos genéricos para o (não)debate acerca de temas que reclamam a tutela de direitos/deveres fundamentais.

No processo, como procedimento, compete aos operadores do Direito a utilização de métodos hermenêuticos voltados à compreensão do conflito (ou iminência de conflito) que lhes é submetido à análise já que, como bem determina a Lei Fundamental, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³²⁷.

A decisão, além de conformar-se aos valores constitucionais, não pode se abrigar apenas na estrita legalidade, devendo compreender as ideologias presentes na norma jurídica, bem como as circunstâncias do caso concreto em um contexto sócio-político determinado, que se mostra cada vez mais dinâmico.

Ademais, a idéia de que o julgador possui características sobre-humanas em conhecer todo o ordenamento jurídico – que advém da ideologia jusracionalista presente, inclusive, nos brocardos romanos *da mihi factum, dabo tibi ius* (me dá os fatos, e eu te darei o direito) e no *iura novit curia* (o Tribunal conhece o direito) e que cabe àqueles que buscam uma solução pela via judicial apenas apresentar os fatos, já que o Direito seria considerado a vontade do Estado proferida pela boca do Juiz, se mostra incompatível com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

São importantes as alterações legislativas, mas de nada adiantarão se analisadas sob as lentes de um intérprete ideologicamente restrito ao paradigma racionalista, que submete a hermenêutica constitucional ao valor comum do procedimento ordinário, dogmático, individualista e estandardizado³²⁸.

As tutelas jusfundamentais da proteção da confiança e do equilíbrio ambiental, a pesar de estarem abrigadas pelo âmbito constitucional, possuem características incomuns de

³²⁷ Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

³²⁸ A estandardização da jurisprudência e mesmo do Direito em sentido amplo é responsável por criar, através do discurso ideológico, sentidos comuns teóricos a serem utilizados pela comunidade jurídica (Standards – aquilo que não tem característica especial; que é comum; modelo), o que resulta numa interpretação jurídica afastada (alienada e inautêntica) das relações sociais.

acordo com o status em que se inserem – lembremos da teoria dos status de Jellinek, já analisada.

Enquanto a tutela do princípio da proteção da confiança, conforme as características que lhe foram delineadas em seu processo de construção pelos ordenamentos jurídico-constitucionais alienígenas e brasileiro, ao menos primariamente, se alicerça sob o paradigma do Estado Liberal - de conflito (lide) entre administrado e administrador³²⁹, a tutela do equilíbrio ambiental possui outros contornos, tratando-se de um misto de direitos e deveres fundamentais atribuídos tanto aos particulares quanto ao Estado e a persecução de outros direitos fundamentais (como a dignidade humana, a saúde, dentre outros) depende de sua observância.

Nesta esteira, a hermenêutica envolvendo tais princípios, precipuamente quando se encontram em situação de tensão, deve conjugar critérios que afastem o intérprete de uma “cegueira ideológica”³³⁰ no âmbito processual, uma vez que neste palco, em grande parte das situações fáticas, é o momento propício à discussão.

Portanto, a prevalência de um princípio sobre o outro dependerá da ponderação entre ambos e a dinâmica do tempo da permanência ou da mudança, bem como dos anseios sociais por proteção, sem pré-concepções ou paradigmas ideológicos e de acordo com o caso concreto.

Se o Direito, como estrutura de um sistema social, tem como base, num determinado contexto espaço-temporal, selecionar as expectativas dando a estas sentido, estabilidade e coerência, a fim de protegê-las dos desapontamentos que se mostram cada vez mais latentes no modo de organização das sociedades hiperindividualistas e hiperconsumistas da contemporaneidade, deve encontrar uma justa medida entre permanência e mutabilidade, já que existe em função da sociedade.

E aqui, o tempo do processo³³¹ se afigura em contraposição ao tempo necessário à preservação ambiental (que conjuga rápida proteção em casos de atos danosos e morosidade

³²⁹ Direito subjetivo do cidadão (status positivo) a não ver suas expectativas legítimas com base na conduta estatal – que lhe geraram efeitos positivos – serem suprimidas por ato do próprio Estado (status negativo).

³³⁰ Salienta Ovídio Batista que: “O que denominamos ‘cegueira ideológica’ – a impossibilidade absoluta de que pessoas que trabalhem com paradigmas diferentes entendam-se e possam manter um diálogo produtivo – dificilmente será considerada por aqueles que tratam dogmáticamente o Direito” (SILVA, op. cit., 2006. p. 101).

³³¹ Acerca do tempo do processo, salienta Marinoni: “É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. [...] Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus

para a recuperação natural), exigindo do Judiciário uma prestação precaucional a fim de que tais direitos (e deveres) sejam tutelados de forma efetiva, já que, em matéria ambiental os danos se mostram na maior parte das vezes de difícil ou mesmo impossível reparação.

Em se tratando de bens ambientais a precaução deve servir de base para a decisão. Logo, devem ser observados os componentes básicos do Princípio da Precaução, que de forma resumida são: a) a incerteza passa a ser considerada na avaliação do(s) risco(s); b) o ônus da prova cabe àquele que quer implantar a atividade; c) na avaliação de risco(s), um número razoável de alternativas ao produto ou processo, devem ser estudadas e comparadas; e d) para ser precaucionária, a decisão deve ser transparente e democrática, com ampla participação dos interessados.³³²

A decisão que envolva em sua temática os riscos ambientais deve partir de um debate amplo e verdadeiramente democrático, que leve em consideração não apenas os depositários da certeza científica (Mercado e Estado)³³³, mas da sociedade civil de um modo geral, já que, na maior parte das vezes, é esta que primeiro percebe e sofre os impactos dos riscos.

E cumpre ressaltar que a tutela do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito transindividual – de terceira geração) não pode se agasalhar sob a mesma roupagem dos direitos defendidos sob o manto do paradigma racionalista, mas sim numa teoria da decisão que agregue conteúdo e prática democráticos, bem como conduta estatal positiva e prudente para assegurar tais direitos.

Nesta senda, podemos recorrer a lições de Marin ao sustentar que “Não se pode aderir à concepção modulada de julgador que agrega padrão infalível decisional. A decisão

sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1997, pp. 17 e 19).

³³² NODARI, Rubens Onofre. *Pertinência da Ciência Precaucionária na identificação dos riscos associados aos produtos das novas tecnologias*. Disponível em http://www.ghente.org/etica/principio_da_precaucao.pdf, acesso em 12 de julho de 2014. No mesmo sentido, a Declaração do Rio 92 prescreve: Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

³³³ Ao tratar dos Governos dos Riscos Christian Guy Caubet (CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. *Governo dos Riscos*. Rede Latino – Americana – Européia sobre Governo dos Riscos. Org. Marcelo Dias Varella. Brasília: UNITAR, 2005, p. 31.) salienta que o modelo ideológico de governança dentro do atual cenário de globalização dos riscos e economia capitalista considera normal, sob a ótica do lucro privado, a sociedade conviver com garantias reduzidas ou sem nenhuma garantia contra os riscos decorrentes do crescimento econômico. Para o autor: “Os danos e as nocividades são identificados, porém seus autores se beneficiam com a cumplicidade objetiva dos aparelhos de Estado”.

precisa ser compartilhada e fruto de um todo não narcísico, de uma construção democrática.”³³⁴

O Estado-Juiz possui ferramentas³³⁵ processuais que podem se alinhar às cautelas exigidas para a proteção ambiental, resta saber como serão utilizadas – se se submeterão às ideologias “tradicionais” ou terão como alicerce um campo propício a mudanças num cenário de discussão democrática que proteja o passado mas também se mostre proposto a abraçar as mudanças reclamadas pela sociedade.

Se aos juristas foi confiada a missão de guardar a memória social através das promessas realizadas no passado, em especial as promessas Constitucionais, garantindo seu cumprimento no presente e no futuro, numa constante dialética entre permanência e mudança, não se pode conceber que fiquem adstritas a fórmulas pré-determinadas gestadas em contextos históricos diferentes da atual dinâmica social.

No cenário atual, cada vez mais os particulares reclamam dos poderes públicos confiança (segurança e estabilidade) na manutenção de direitos fundamentais conquistados no passado, mas também mudanças que advém de promessas de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Não se quer atribuir aqui primazia aos princípios inerentes à tutela ambiental sobre àqueles albergados pela proteção substancial da confiança, já que é a análise do caso concreto que fornecerá elementos para justificar a aplicação de um em detrimento do outro.

A tutela jusfundamental destes direitos tem, cada vez mais, dependido de uma atuação hermenêutica constitucional orientada para verificar e atuar de forma que tais pretensões não pereçam pelo transcurso do tempo.

Se o Direito cria tempo (temporaliza) ao passo que é instituído por este, a norma jurídica é instituída pelo tempo devendo a hermenêutica encontrar uma justa medida entre continuidade e mudança, redizendo o passado e buscando ressalvar as promessas voltadas para o futuro, ou pelo menos prometendo um futuro que assegure equilíbrio nas relações sociais.

³³⁴ MARIN, Jeferson Dytz. A necessidade de superação da estandardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental. In *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Org. LUNELLI, Carlos Alberto, MARIN, Jeferson Dytz. Caxias do Sul, RS: Educs. 2012, p. 89.

³³⁵ Tramita na Câmara dos Deputados o projeto de código coletivo CPCC (projeto de Lei n.º 5.139/2009) que estabelece como princípios o amplo acesso à justiça e participação social (art. 3º, I), a prioridade de tramitação (art. 3º, II), a flexibilidade procedimental e máxima eficácia (art. 3º, II), a efetividade da tutela coletiva (art. 3º, VII), a ampla divulgação dos atos processuais (art. 3º, VI) e a efetiva precaução e prevenção (art. 3º, IV). Bem como, há expressa previsão da concessão de tutelas antecipadas *ex officio* pelo Estado-juiz (art. 17, *caput*).

Como já referido em passagem anterior, em que pese o Direito se realizar no presente e planejar o futuro, sua interpretação deve privilegiar uma dialética que conjugue aspectos de sua elaboração pretérita com sua efetivação atual e promessas para o futuro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A carência antropológica por segurança remonta aos mais primitivos tempos da existência da raça humana, servindo como elemento e fundamento da organização social nos moldes em que a concebemos na contemporaneidade e sendo, a segurança, elevada ao *status* de princípio fundamental pelos pactos constitucionais realizados a partir da segunda metade do Século XX.

A segurança é anunciada e instituída como valor supremo do Estado de Direito brasileiro, ganhando relevante destaque no Preâmbulo da Magna Carta de 1988, devendo permear todo o ordenamento jurídico e, sobretudo, as relações fáticas e jurídicas entre os atores sociais.

Ter segurança é, em linhas gerais, estar protegido, garantido, acautelado, livre de perigo ou de riscos, daquilo em que se pode ter convicção, confiança.

Tal qualidade tem expressa e implícita disposição na Constituição Federal brasileira em vigor a fim de garantir estabilidade e proteger às pessoas do arbítrio de seus pares mas, especialmente, das esferas de Poder, se constituindo o Estado de Direito, ao menos no sentido que lhe atribuiu o constituinte, em um estado de segurança.

Tanto no plano deontológico quanto no plano ético, a garantia e promoção da segurança se traduz em elemento fundamental do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto constitucional, o princípio da proteção substancial da confiança, como expressão subjetiva do princípio da segurança jurídica, tem como principal objetivo proteger a confiança depositada pelos particulares na manutenção de atos estatais que lhe geraram efeitos favoráveis.

Na medida em que o Direito tem por função dar sentido, estabilidade e coerência às expectativas selecionadas a fim de, ao menos tentar minimizar os desapontamentos, a confiança repousa sobre a expectativa selecionada pelo Direito, devendo ser compreendida em sua inter-relação com o complexo sistema social, o contexto espaço-temporal e o Direito, como forma de auxiliar na produção de sentido jurídico e possibilitar a redução da complexidade social, necessitando do tempo para operar.

Logo, confiar não quer dizer eliminar os perigos e incertezas, mas agir como se o futuro fosse confiável. Ou seja, em face da incerteza do futuro, o papel do Direito é assegurar expectativas sociais generalizando-as em suas três dimensões de sentido – *temporal*, *social* e *prática* – mediante a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais amparadas por relações de confiança.

Como estrutura de um sistema social, o Direito tem como base, num determinado contexto espaço-temporal, selecionar as expectativas dando a estas sentido, estabilidade e coerência, a fim de protegê-las dos desapontamentos que se mostram cada vez mais latentes no modo de organização das sociedades hiperindividualistas e hiperconsumistas da contemporaneidade, devendo encontrar uma justa medida entre permanência e mutabilidade, já que existe em função da sociedade.

Por excelência, a Constituição Federal brasileira de 1988 é o elo de ligação com o futuro e guardião das promessas que o corpo social pôde fazer a si próprio no passado e pode fazer no presente – é promessa e questionamento necessários a manter as conquistas e assegurar as revisões -, a fim de diminuir a frustração de suas legítimas expectativas sendo, portanto, o princípio da proteção da confiança mandamento dirigido em especial aos Poderes Estatais a fim de que estes não frustrem de forma arbitrária expectativas legítimas amparadas em atos do próprio Estado que motivaram e deram suporte à conduta do particular, já que o valor confiança é um dos alicerces da convivência social e do Direito.

Tal princípio busca resguardar o *status quo* (*Bestandschutz*) evitando que o “crédito” de confiança depositado na conduta estatal seja frustrado por modificações do direito positivo ou por atos, condutas e procedimentos emanados dos Poderes Estatais. Em suma, o Poder Público, não pode, ao menos em tese, adotar novas condutas em contradição àquelas que por ele próprio foram emanadas e, assim, frustrar as legítimas expectativas daqueles que confiaram nos atos estatais anteriores.

Na dinâmica social, econômica, política e jurídica da contemporaneidade o princípio da proteção substancial da confiança tem como principal função garantir um quadro mínimo de estabilidade a situações fáticas e jurídicas dos particulares que tiveram como base atos estatais que lhe foram favoráveis e que se pretende modificar pelo Estado em desfavor do status do particular.

Não se quer atribuir por meio deste princípio imutabilidade, sobretudo ao Direito, de situações fáticas e/ou jurídicas dos particulares, diante de um quadro dinâmico de mudanças dos sistemas social e jurídico, mas garantir um quadro mínimo de confiança e estabilidade.

Ao passo que o tempo traz para o Direito uma demanda ambivalente – ao pedir-lhe que assegure estabilidade às relações sociais ao mesmo tempo que pede-lhe que mude para acompanhar os anseios da sociedade contemporânea – o princípio da proteção substancial da confiança não repousa na imutabilidade do Direito, mas sim de garantir proteção a expectativas legítimas geradas por atos estatais pretéritos que pretendem-se

modificar de forma brusca no presente a fim de que as pessoas possam se orientar conforme preceitos jurídicos, buscando um resultado determinado ou evitando consequências indesejadas.

Em que pese ter o princípio da proteção substancial da confiança sido acolhido pela doutrina e jurisprudência pátrias, bem como encontrar assento no âmbito legislativo (Lei do Processo Administrativo), seu conteúdo e âmbito de aplicação ainda dependerá de uma ampla dialética jurídica, sobretudo por se tratar de princípio acolhido pela jurisprudência brasileira a pouco mais de trinta anos, o que não pode servir para descaracterizar sua importância na tutela de expectativas legítimas do particular em relação aos poderes públicos.

Se tal princípio pode ser extraído do sobreprincípio do Estado de Direito esculpido na Magna Carta de 1988, este pacto constitucional traz em seu corpo um vasto leque de proteção de direitos individuais e coletivos, mas também intergeracionais, a fim de garantir às presentes e futuras gerações uma sadia e digna qualidade de vida, bem como atribuir a todos (Estado e particulares) deveres, também fundamentais, para que as promessas constitucionais possam ser concretizadas.

Nesta esteira, o meio ambiente ecologicamente equilibrado ganha contornos de direito/dever de todos.

A construção de um Estado Socioambiental passa por um processo dialético de conjugação de valores fundamentais (liberais, sociais e ambientais) conquistados ao longo da evolução histórico-cultural das sociedades contemporâneas e do percurso do Estado de Direito, constituindo um processo dinâmico constantemente voltado a buscar a consagração de novas dimensões de direitos, como é o caso dos direitos relacionados à proteção do meio ambiente, mas também de deveres de solidariedade entre os atores sociais, bem como destes com as futuras gerações.

O reconhecimento dos deveres fundamentais no pacto constitucional brasileiro implica atribuir esforços a todos na transformação das estruturas da sociedade, podendo surtir impacto até mesmo no exercício das liberdades individuais quando estas não estejam em sintonia com os reclamos da coletividade.

Tais deveres são atribuídos aos particulares, mas principalmente ao Estado que tem a obrigação de preservar o meio ambiente (dever fundamental) – ação e abstenção -, bem como garantir a integridade do ambiente e os direitos fundamentais dele decorrentes (deveres fundamentais decorrentes do dever estatal de proteção de direitos fundamentais) contra ações de particulares ou mesmo de outros Estados.

Tanto os agentes privados, mas principalmente os agentes públicos se encontram absolutamente vinculados aos parâmetros de proteção ambiental estabelecidos pela Lei Fundamental brasileira, o que equivale a dizer que aquilo que é nuclear para a manutenção da sadia qualidade de vida da comunidade não poderia ser objetivado no campo da disputa política e econômica, já que sua garantia é direito e obrigação de todos.

Mas sendo vastos os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 – liberdade, segurança, propriedade privada, dignidade, economia, saúde, meio ambiente, dentre outros – muitas vezes se encontram sob tensão nas pretensões tanto do Estado quanto dos particulares.

Surgirão, como surgem, situações fáticas em que interesses envolvendo direitos/deveres fundamentais podem se contrapor, o que demandará por parte do Poder Público (mas não só dele) decidir acerca de qual(is) interesses devem ser tutelados.

Tal tensão por vezes ocorre com interesses envolvendo princípios amparados pela proteção substancial da confiança e princípios decorrentes da proteção do equilíbrio ambiental.

O que deve obter maior peso na solução de interesses? A confiança depositada em atos estatais (legislativo – permissão de supressão de APP – e administrativo – licença ambiental para construção de campo de golfe) que permitem a construção de campo de golfe em APP ou a manutenção destas áreas especialmente protegidas? O direito de construir em terreno de marinha ou a manutenção da vegetação destas áreas? A demolição de construção de pequena colônia de pescadores, com baixo impacto ambiental, em terreno de marinha ou a manutenção da edificação?

Tais questionamentos cada vez mais são levados à apreciação do Poder Judiciário, sendo atribuído a esta esfera de poder ponderar acerca de qual(is) princípio(s) deve(m) ter maior importância no caso concreto.

Através da lei da ponderação, busca-se estabelecer a importância dos princípios em colisão e definir o grau da não satisfação ou afetação de um princípio em relação ao outro, através de uma escala triádica de intensidade: *leve*, *moderada* e *grave*. Definindo-se a importância da satisfação do princípio em relação ao princípio oposto e verificando se a satisfação do princípio satisfeito justifica a afetação (ou não satisfação) do princípio colidente.

A ponderação (princípio da proporcionalidade em sentido estrito) tem como base a verificação das vantagens e desvantagens da prevalência deste ou daquele princípio num determinado caso concreto, conduzindo ao seguinte questionamento: A promoção do fim justifica a restrição ao direito fundamental em oposição?

O Estado deve permitir a permanência da mansão ou da pequena colônia de pescadores estabelecida em terreno de marinha (APP) ou deve determinar a imediata demolição das construções?

Esclareça-se desde logo que quase toda atividade antrópica causa alteração do meio ambiente natural sendo o homem, como os demais seres, parte integrante deste meio, sendo aqui relevante observar, não a intervenção humana no meio ambiente, já que não se pode conceber a manutenção da vida humana sem tal intervenção, mas a forma de intervenção, a extensão dos danos decorrentes de tais intervenções, os riscos ao meio e as espécies que necessitam daquele local para existirem, bem como os riscos a toda coletividade em decorrência da intervenção.

Pode-se estabelecer então a seguinte proposição: quanto maior for o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio inerente à tutela do equilíbrio ambiental, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de princípios que tenham em sua base a confiança subjetiva do particular. Tudo através de uma ponderação argumentativa orientada no sistema jurídico, no caso concreto e na dinâmica social em um determinado tempo e espaço.

Não há, portanto, fórmula pronta, infalível e despida de mutabilidade já que o Direito como estrutura do sistema social, tem como objetivo, num determinado contexto espaço-temporal, selecionar e tutelar expectativas, dando a estas *sentido, estabilidade e coerência* para protegê-las dos desapontamentos.

Para que o Direito se mostre capaz de minimizar a complexidade social e tutelar o equilíbrio ambiental para as presentes e futuras gerações deve se pautar em uma interpretação que estabeleça constante dialética e adaptação à realidade e seus conflitos, numa justa medida entre estabilidade e mudança, voltando-se para o futuro (antecipação/mudança), mas também mantendo as conquistas do passado (tradição/estabilidade/segurança) a fim de diminuir as probabilidades de frustrações e não se despir de seu caráter de eticidade e legitimidade.

Em que pese tanto os particulares quanto o Estado terem suas condutas vinculadas aos direitos e deveres fundamentais, cada vez mais nos deparamos com o descumprimento destes direitos/deveres por ambos, o que tem gerado um quadro de inefetividade dos mandamentos constitucionais e irresponsabilidade pelo seu descumprimento.

E este quadro tem conduzido à discussão da concretização dos direitos/deveres materiais fundamentais (normativos) cada vez mais na esfera formal (processo) dos Tribunais pátrios, legando ao Poder Judiciário a missão de, com as lentes de seus juízes, interpretarem o âmbito de extensão e incidência dos direitos/deveres fundamentais.

Ocorre que o pacto constitucional de 1988 conjuga um misto de valores fundamentais cuja interpretação e aplicação tem relação com o paradigma sob os quais estão assentados e que contaminam a cultura jurídica brasileira.

Enquanto o princípio da proteção substancial da confiança visa garantir direitos individuais e, portanto, encontra, ao menos primariamente, assento no paradigma do Estado Liberal – litígio entre administrado e administrador, liberdade e propriedade, mínima intervenção estatal, segurança individual – os princípios atinentes à tutela do equilíbrio ambiental possuem principal assento no paradigma do Estado Democrático de Direito (direitos de participação e fiscalização, além de direitos e interesses difusos) – os princípios de tutela do equilíbrio ambiental possuem destacada abertura semântica, conduzindo a uma multiplicidade de posições jurídico-objetivas e jurídico-subjetivas fundamentais.

Diante de tais elementos e dos argumentos expostos ao longo da presente dissertação, a decisão envolvendo interesses que estabeleçam tensão entre o princípio da proteção substancial da confiança e os princípios de tutela do meio ambiente, não pode se abrigar sob o manto da estreita legalidade ou de um ideário racionalista de se atingir a “vontade da lei” como expressão da justiça, mas deve conjugar conteúdo e prática democráticos numa dialética que pondere a importância da satisfação de um princípio em relação ao princípio oposto, tendo como base um determinado caso concreto num determinado contexto espaço-temporal, devendo ser verificado se a satisfação do princípio satisfeito justifica a afetação (ou não satisfação) do princípio em tensão.

A prestação jurisdicional tem que ser capaz de aplicar razoavelmente as normas, produzindo assim decisões equilibradas (estabilidade e previsibilidade) e adequadas (justas) ao caso concreto posto sob apreciação, já que não se mostra suficiente para garantir a verdade ou a justiça aquela “certeza” proporcionada pelo uso dos métodos científicos de interpretação jurídica.

Em sua complexidade, a Constituição fornece as bases para a compreensão do Direito, o que não quer dizer que este ou aquele método de interpretação seja superior, já que não tem o condão de afastar as pré-concepções que o intérprete tem da própria constituição.

A Constituição será substrato para a compreensão, interpretação e aplicação do Direito devendo vincular a atividade do intérprete, diante de dado caso concreto, das circunstâncias fáticas, da norma a ser interpretada num determinado contexto, além de um debate despido desta ou daquela premissa ideológica.

O aplicador do Direito deve respeito ao ordenamento constitucional uma vez que sua legitimidade de atuação decorre deste, sendo que nenhuma ponderação poderá reger-se

tendo como base elementos alheios ao ordenamento jurídico e ao caso concreto, sob pena de estar em oposição à realização das garantias fundamentais objetivadas na Constituição.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Trad.: Jorge de Sena. Espanha, Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AMARAL, Maria Lúcia. *O tempo e a proteção da confiança*. V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público, janeiro de 2012 / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; org. Carla Amado Gomes. Lisboa: Alameda, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. O direito do ambiente como direito da complexidade. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. Publicação Semestral, nº 10, dezembro. Coimbra: Almedina, 1998.

ARAÚJO, Valter Schuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7, nº 28, out./dez. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

AYALA, Patrick de Araújo. Direito fundamental ao ambiental, mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. *Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro, nº 901, nov. 2010.

BACA ONETO, Víctor Sebastián. *La invalidez de los contratos públicos*. Civitas: Navarra, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.º 2, abr/jun, 2006.

_____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008. <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Básica, 2002.

_____. *Sociedade de Risco*. Tradução de Sebastião Nascimento. Rio de Janeiro: Editora 34, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato, (orgs): *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Universidad Externado del Colombia. Primeira Edição: 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, Souto Maior. *Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo*. RDT, nº 63. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A Proteção das Expectativas Legítimas Derivadas das Situações de Confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n.º 12, out./dez., 2002.

CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da), in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV. Lisboa: Almedina, 1994.

_____. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In Jorge Miranda. *Perspectivas Constitucionais*, vol. II, Coimbra: Coimbra, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

_____. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos, n.º 7. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª e 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003/2004.

_____.; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro* (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2011.

CARVALHO, M. M. B. *Tempo social, confiança e tutela ambiental: a ambivalência para o direito na (re)configuração do espaço urbanístico-ambiental*. In: Edson Ricardo Saleme, Flavia Piva Almeida Leite, Daniel Gaio. (Org.). XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CAMARA. 1ª ed. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2015

_____.; FERRE, F. L.; STEINMETZ, W. A. O conceito jurídico do Princípio do Desenvolvimento Sustentável no ordenamento jurídico brasileiro: por um conceito adequado e operativo. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*. Caxias do Sul, RS: Educs, v. 1, p. 77-96, 2015.

CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. *Governo dos Riscos*. Rede Latino – Americana – Européia sobre Governo dos Riscos. Org. Marcelo Dias Varela. Brasília: Unitar, 2005.

CAVALCANTI, C. Economia e Ecologia: Problemas da Governança Ambiental no Brasil. *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, v. 1, p. 1-10, 2004

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança jurídica no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In *Revista da Academia Brasileira e Direito Constitucional*. Curitiba, PR: v. 3, p. 289-300, 2003.

CONCHE, Marcel. *Orientação filosófica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n.º 63 jul./set. 1982.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n.º 84, out./dez. 1987.

_____. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maior/junho, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14.000*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DURKHEIM, Émile. *Montesquieu e Rousseau: Pioneiros da Sociologia*. Tradução de Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008.

DWORKING, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 1º ed. 2º tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excessos e omissões. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. São Paulo: n.º 6, jul./dez., 2005.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade - Direito ao Futuro*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARCIA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 2002.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. O Direito Fundamental ao Ambiente e a Ponderação. In: AUGUSTIN, Sérgio e STEINMETZ, Wilson (orgs). *Direito Constitucional do Ambiente*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

_____. *Modernidad y Autoidentidad*. In. *Las Consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, contingencia y riesco*. / Josetxo Beriain, comp.; traducción de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.

GOMES, Carla Amado; AMARAL, Maria Lúcia. *O tempo e a proteção da confiança*. V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público, janeiro de 2012 / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; org. Carla Amado Gomes. Lisboa: Alameda, 2012.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe em el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUATTARI, Félix. *Revolução Molecular: pulsações políticas do desejo*. Sel. Prefácio e Trad. Suely Belinha Rolnik. 1ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

_____. *As três ecologias*. 13ª ed. Campinas: Papirus, 2002.

GUIVANT, J. S.. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*. Rio de Janeiro: n.º 16, abril 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARVEY, David. *La construcción social del espacio y del tiempo: Una teoría relacional*. Traducción: Dra. Perla Zusman. Adaptación y corrección Lic. Gabriela Cecchetto. *Geographical Review of Japan*, Vol 67 (Ser. B), Nº 2, 1994.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983/1992.

_____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad.: João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones practicas en el derecho civil espanol*. Barcelona: Bosch, 1965.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito Natural*. Título Original: Das Problem der Gerechtigkeit. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado editor, 1979.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 3ª ed. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009a.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Forense, 2002.

LEFF, Enrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução de Lucia Mathilde e Endlich Orth. 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

_____. *Saber Ambiental*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Tradução de Magda Lopes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

LORES, Luis Gustavo Gomes; BARRETO, Ricardo Menna. Sociologia e Direito: um diálogo a partir das teorias de Niklas Luhmann e Anthony Giddens. *Revista da ABRASD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito*. São Paulo, n.º 1, outubro de 2011.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Confianza*. Universidad Iberoamericana. México: Anthropos, 1996.

_____. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Trad.: Ricardo Corrêa Barbosa. 3ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAFFINI, Rafael da Cás. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MARIN, Jeferson Dytz. A necessidade de superação da estandardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental. In *Estado, meio ambiente e jurisdição*. Org. LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. Caxias do Sul: Educs, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1997.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos*. Brasília, n.º. 27, out./dez., 2004.

_____. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do

tráfego”. Adimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n.º 852, out. 2006.

MARTINS, Raphael Manhães. O Princípio da Confiança Legítima e o Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. *Revista CEJ*. Brasília, Ano XII, n.º 40, p. 11-19, jan./mar., 2008.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MEADOWS, D. L., MEADOWS, D. H., RANDERS, J. & BEHRENS, W.W. *Limites do crescimento: um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o dilema da humanidade*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Salvador/BA: *Revista Diálogo Jurídico*, n.º 10, jan., 2002.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. T. IV. Coimbra: Coimbra, 1993.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat: *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, I. V. D.. Avaliação de impacto ambiental: instrumento de gestão. *Cadernos FUNDAP*. São Paulo, ano 9, n.º 16, 1989.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, v. 3, n.º 2, 2002.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993; reimpresso em 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O Princípio da Boa-fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

NODARI, Rubens Onofre. *Pertinência da Ciência Precaucionária na identificação dos riscos associados aos produtos das novas tecnologias*. Disponível: http://www.ghente.org/etica/principio_da_precaucao.pdf

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

OLIVEIRA, A. A.; BURSZTYN, Marcel. Avaliação de impacto ambiental de políticas públicas. *Revista Internacional de Desenvolvimento Local*. Brasília: 2001, vol. 2, n.º 3.

OST, François. *A natureza à margem da lei*. Tradução de Joana Chaves. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1990.

_____. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

_____. *Contar a Lei – As fontes do Imaginário Jurídico*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2005.

PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, v. 30, 2005.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Mudança na jurisprudência constitucionaltributária: limites à aplicação de novos critérios de interpretação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. 11º volume. São Paulo: Dialética, 2007.

PRADO, José Esteve. *Lecciones de derecho administrativo*. Marcial Pons: Madrid. 2011.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

_____. *Introdução à filosofia do direito*. Trad: Jacy de Souza Mendonça. Porto: Rés, 1993. Disponível em <http://ebookbrowse.com/filosofia-do-direitogustav-radbruch-pdf-d351391875>.

RAMALHO, Leila von Söhsten. PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt. A eficácia do ICMS ecológico como instrumento de política ambiental e o dever do Estado quanto à sua efetivação. In: BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Direito ambiental e funções essenciais à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. *Direito urbanístico: fundamentos para a construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou da Educação*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *Discurso sobre a economia política*. Tradução de Maria Constança Peres Pissarra. Petrópolis: Vozes, 1996.

_____. *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. Tradução de Ciro Mioranza. 2ª ed. São Paulo: Escala, 2008.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org.). *Políticas públicas*. Coletânea. Brasília, vol. 1, p. 21-42, ENAP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In *Revista de Direito Ambiental*, n.º 58. São Paulo: RT, abr/jun, 2010.

_____. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador/BA: n.º 21, março/abril/maio 2010, Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SILVA, Fernanda Lopes da. Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2ª ed., v. 1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência – um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: Ltr, 1996.

SOUZA NETO, C. P. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. A fundamentação e o reconhecimento do princípio da proteção à confiança no direito constitucional brasileiro. In: MACHADO, Edinilson Donisete; BERTASO, João Martins; CUNHA, Leandro Reinaldo da. (Org.). *Direitos fundamentais e Democracia III*. Florianópolis: Conpedi, 2014.

STRECK, Lênio. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, jan./jun, 2009.

SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Tradução de Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

TRENNEPOHL, Curt, 2011. "Licenciar é fácil quando as regras são claras". O Estado de S. Paulo, São Paulo, 01 mar. 2011. Caderno Economia B5. Entrevista concedida a Martha Salomon. Disponível em: [HTTP://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110301/not_imp685945,0.phd](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110301/not_imp685945,0.phd), consulta em 23/10/2014.

VEIGA, José Eli, 2005. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n.º 2, nov. 2007. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso.

WALUCHOW, Wilfrid. *Positivismo Jurídico Incluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

WRIGHT, David. *Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law*, 35 (1) Osgoode Hall L. J. 139 (1997). Disponível em: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/charting-the-wrong-course-the-doctrine-of-legitimate-expectations-in-investment-treaty-law-pdf-492kb-70639.pdf>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 9ª ed. Madri: Trota, 2009.

ZIMMER, Willy. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. In *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, n.º 1, abr. 2006.