



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

**BIANCA AMORETTI FACHINELLI**

**MEIO AMBIENTE, PROPRIEDADE E LIVRE INICIATIVA:  
COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO**

**CAXIAS DO SUL**

**2017**

**BIANCA AMORETTI FACHINELLI**

**MEIO AMBIENTE, PROPRIEDADE E LIVRE INICIATIVA:  
COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto sensu* – Mestrado em Direito – da Universidade de Caxias do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Steinmetz

**CAXIAS DO SUL**

**2017**

F139m Fachinelli, Bianca Amoretti

Meio ambiente, propriedade e livre iniciativa : Colisão de direitos fundamentais e ponderação / Bianca Amoretti Fachinelli. – 2017.  
117 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

Orientação: Wilson A. Steinmetz.

1. Meio ambiente. 2. Ponderação. 3. Propriedade. 4. Livre iniciativa.  
I. Steinmetz, Wilson A., orient. II. Título.

ATA DE SESSÃO PÚBLICA  
DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Ata da sessão pública de defesa da dissertação de mestrado em Direito de Bianca Amoretti Fachinelli realizada no dia 21 de março de 2017, às 13h30.

Aos vinte e um dias do mês de março de dois mil e dezessete, às treze horas e trinta minutos, na sala 302 do Bloco 58 da Cidade Universitária, em sessão pública, reuniu-se a Banca Examinadora da dissertação de mestrado de Bianca Amoretti Fachinelli. A dissertação intitula-se “Meio Ambiente, Propriedade e Livre Iniciativa: colisão dos direitos fundamentais e ponderação”. Integraram a Banca Examinadora os professores doutores Wilson Antônio Steinmetz (Presidente e orientador, Universidade de Caxias do Sul), Caroline Müller Bitencourt (membro externo, Universidade de Santa Cruz do Sul), Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul) e Agostinho Oli Koppe (Universidade de Caxias do Sul). Aberta a sessão, o Presidente fez as saudações e os agradecimentos de praxe e leu o artigo 36º do *Regulamento do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito* aprovado pela Resolução n. 11/2003 do Conselho Universitário da Universidade de Caxias do Sul. Na sequência, a mestranda expôs o conteúdo do trabalho e foi arguido sucessivamente pelos professores acima citados. Concluída a fase de arguições e respostas, o Presidente suspendeu por dez minutos a sessão pública de defesa para que a Banca Examinadora, em reunião reservada, atribuisse nota e grau final. Reaberta a sessão pública de defesa, o Presidente leu o parecer emitido pela Banca Examinadora: “A Banca Examinadora atribui **nota média** \_\_\_\_\_, equivalente, segundo o artigo 203, *caput* e § 1º do *Regimento Geral da Universidade de Caxias do Sul*, ao **grau final** \_\_\_\_\_ e recomenda à Universidade de Caxias do Sul a concessão do título de Mestre em Direito a “**Bianca Amoretti Fachinelli**”. Após a leitura do parecer, o Presidente agradeceu a todos pela presença e declarou encerrada a sessão. A presente ata foi lavrada por mim, Francielly Pattis, Secretária Administrativa do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, e está assinada pelo Presidente e demais membros da Banca Examinadora.

Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz

Profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt

Prof. Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira

Prof. Dr. Cleide Calgaro

**“Meio Ambiente, Propriedade e Livre Iniciativa: colisão dos direitos fundamentais e ponderação”.**

**Bianca Amoretti Fachinelli**

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 Sociedade.

Caxias do Sul, 20 de março de 2017.

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

Profª. Dra. Caroline Müller Bitencourt  
Universidade de Santa Cruz do Sul

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

Prof. Dr. Cleide Calgaro  
Universidade de Caxias do Sul

*A interpretação é a sombra que segue o corpo. Assim, como nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação. Não há direito que não exija ser interpretado. Sem interpretação não há direito!*

**(Javier Perez Royo).**

Dedico este trabalho aos meus pais, Aldo e Maria Amélia, pelo incentivo e apoio, não somente no decorrer deste trabalho, mas ao longo de minha vida.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por ser a base de minhas conquistas e a fonte de minha força e perseverança.

Aos meus pais, Aldo e Maria Amélia, pelo incentivo e apoio em todos os momentos da minha vida. Ao incansável estímulo ao meu progresso como cidadã e profissional. Obrigada por nunca medirem esforços para o meu bem!

Ao meu irmão Flávio, pelo apoio nas horas mais difíceis e parceria nas horas de alegria.

Ao meu primo, Prof. Dr. Daniel Amoretti Gonçalves, por dispor de seu curto e corrido tempo para ajudar na produção desta dissertação, além de todo apoio durante todo o desafio que foi este curso de Mestrado.

Agradeço meu orientador, Prof. Dr. Wilson A. Steinmetz, pela ajuda prestimosa e pela paciência durante as orientações no decorrer desta Dissertação.

Aos colegas da turma 2015, agradeço a parceria nas aulas, congressos, apresentações, e, principalmente, nas horas de desespero. Tenho certeza que adquiri, durante esse período de muito estresse e correria, grandes amigos. Obrigada pelo convívio!

Aos professores do Mestrado, meu muito obrigada. Foi uma honra aprender com mestres tão extraordinários durante esses dois anos.

Agradecimento à Secretaria do Mestrado, em especial na pessoa da querida Francielly Pattis, pela permanente disponibilidade e pelo carinho no decorrer desses dois anos.

A todos que sempre torceram pela minha felicidade e pelo meu sucesso.

Muito obrigada, a todos vocês!



## RESUMO

Reflete-se acerca da aplicação da técnica da ponderação (máxima parcial do princípio da proporcionalidade em sentido amplo) por tribunais em nosso ordenamento jurídico. Objetiva-se a análise da correspondência entre a ponderação utilizada pelos tribunais e a proposta teórica de Robert Alexy (2008). Os direitos fundamentais possuem, essencialmente, estrutura normativa de princípios, portanto são mandamentos de otimização e sua efetivação sujeita-se à máxima satisfação, versando-se nas situações fáticas e jurídicas do caso concreto. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem estrutura normativa de princípio e, por esse motivo, frequentemente, entra em rota de colisão com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos. No presente estudo, avalia-se o conflito do Direito ao Meio Ambiente com os Direitos Fundamentais da Propriedade e da Livre Iniciativa. Sob essa perspectiva, pretendeu-se responder o problema de pesquisa, qual seja, se o uso da ponderação pelos tribunais brasileiros, nos casos de colisão entre o meio ambiente com os direitos fundamentais da propriedade e da livre iniciativa, é adequado e satisfaz a teoria proposta por Robert Alexy, ou confirma a prática do voluntarismo e da arbitrariedade jurisdicional, colocando em risco a efetividade desses direitos fundamentais. No primeiro capítulo, elucida-se sobre a diferenciação normativa entre regras e princípios, além de tratar-se da colisão de princípios, da proporcionalidade e da ponderação. No segundo capítulo trata-se especificamente dos três direitos fundamentais em questão, quais sejam: direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental à propriedade e direito fundamental à livre iniciativa. Adota-se o método de pesquisa indutivo-analítico, através da pesquisa empírica de jurisprudências (do TJ/RS, TJ/SC, TJ/AL, TJ/PA e do STF), partindo-se de categorias de pesquisa, quais sejam, a “colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com o direito fundamental à propriedade” e “colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com o direito fundamental à livre iniciativa”. Posteriormente, proceder-se-á com análise a partir das subcategorias de pesquisa “colisão”, “proporcionalidade”, “adequação”, “necessidade” e “ponderação”. Dentre os oito casos analisados, verificou-se a perfeita prática da ponderação e das demais máximas parciais da proporcionalidade em apenas um dos julgados.

**Palavras-chave:** Colisão; Ponderação; Direito Fundamental ao Meio Ambiente; Direito Fundamental à Propriedade; Direito Fundamental à Livre Iniciativa.

## ABSTRACT

It reflects about the application of the weighting technique (partial principle of proportionality in the broad sense) by courts in our legal system. The objective of this paper is to analyze the correspondence between the weighting used by the courts and the theoretical proposal of Robert Alexy (2008). Fundamental rights essentially have a normative structure of principles, so they are commandments of optimization and their effectiveness is subject to maximum satisfaction, dealing with the factual and legal situations of the concrete case. The fundamental right to the ecologically balanced environment has a normative structure of principle and, for this reason, often collides with other constitutionally protected rights and assets. In the present study, the conflict of the Right to the Environment with the Fundamental Rights of Property and of the Free Initiative is appreciated. From this perspective, the aim was to answer the research problem, namely, whether the use of the Brazilian courts' weighting in cases of collision between the environment and the fundamental rights of property and free initiative is adequate and satisfies the theory Proposed by Robert Alexy, or confirms the practice of voluntarism and jurisdictional arbitrariness, putting at risk the effectiveness of these fundamental rights. In the first chapter, it elucidates on the normative differentiation between rules and principles, besides treating the collision of principles, proportionality and weighting. The second chapter deals specifically with the three fundamental rights in question, namely: the fundamental right to an ecologically balanced environment, a fundamental right to property and a fundamental right to free enterprise. The method of inductive-analytical research, through the empirical research of jurisprudence (TJ / RS, TJ / SC, TJ / AL, TJ / PA and STF) is adopted, starting from research categories, the "collision between the fundamental right to the environment with the fundamental right to property" and "collision between the fundamental right to the environment with the fundamental right to free enterprise". Subsequently, we will analyze the subcategories of research "collision", "proportionality", "adequacy", "necessity" and "weighting". Among the eight cases analyzed, we verified the perfect practice of weighting and the other partial maxims of proportionality in only one case law.

**Keywords:** Collision; Weighting; Fundamental Right to the Environment; Fundamental Right to Property; Fundamental Right to Free Enterprise.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
ACP	Ação Civil Pública
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag	Agravo de Instrumento
APP	Áreas de Preservação Permanente
<i>Apud</i>	citado por
<i>a quo</i>	de origem
art.	artigo
arts.	artigos
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht</i> (Decisões do Tribunal Constitucional alemão)
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
Coord.	Coordenador
COHAB	Companhia de Habitação do Estado do Rio Grande do Sul
CF	Constituição Federal Brasileira
CF/88	Constituição Federal de 1988
DECEX	Departamento de Operações de Comércio Exterior
Des.	Desembargador
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
Ed.	Editora
ed.	edição
<i>Et al.</i>	E outros
FATMA	Fundação do Meio Ambiente
FEPAM	Fundação Estadual de Proteção Ambiental
GG	<i>Grundgesetz</i> (Constituição alemã)
<i>Idem</i>	mesmo autor e/ou mesma obra
<i>Ibidem</i>	na mesma obra e/ou mesma página
j.	julgado em
LF	Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949
MC	Medida Cautelar
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul

Min.	Ministro
nº	Número
Org.	organizador
p.	página
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
SECEX	Secretaria do Comércio Exterior
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJ/SC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TJ/AL	Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas
TJ/PA	Tribunal de Justiça do Pará
Trad.	Tradução
TCF	Tribunal Constitucional Federal
v.	volume

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, INTERPRETAÇÃO E A PONDERAÇÃO.....</b>	<b>18</b>
2.1 NORMAS JURÍDICAS: DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.....	18
2.1.1 Regras: conceitos, características e conflito entre regras.....	20
2.1.2 Princípios: conceitos, características e colisão entre princípios.....	21
2.2 COLISÃO DE PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	24
2.2.1 Testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.....	25
2.3 PONDERAÇÃO.....	29
2.3.1 Estrutura da ponderação e a Fórmula de Peso.....	31
2.3.2 Objeções e contra-objeções à ponderação.....	36
<b>3 DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, À PROPRIEDADE E À LIVRE INICIATIVA.....</b>	<b>42</b>
3.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO.....	42
3.1.1 Evolução histórico-constitucional do dever fundamental ao meio ambiente: dos direitos sociais aos deveres ecológicos.....	43
3.1.2 Caráter duplo do direito fundamental ao meio ambiente.....	46
3.1.3 Estado Socioambiental de Direito.....	48
3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE.....	51
3.2.1 Breve histórico sobre a propriedade privada.....	52
3.2.2 A natureza constitucional da propriedade e sua função social.....	54
3.3 DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA.....	57
3.3.1 A livre iniciativa na ordem econômica.....	57
3.3.2 A livre iniciativa e a livre concorrência de mercado.....	59
3.3.3 A livre iniciativa e o desenvolvimento sustentável.....	61
<b>4 ANÁLISE DE DISCURSO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO USO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO.....</b>	<b>63</b>
4.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EM COLISÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE.....	65
4.1.1 Apelação Cível nº 2013.073609-5 julgada pelo TJ/SC.....	66
4.1.2 Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000 julgado pelo TJ/AL.....	70
4.1.3 Agravo de Instrumento de nº 70052458874 julgado pelo TJ/RS.....	74
4.1.4 Apelação Cível nº 70018231142 julgada pelo TJ/RS.....	77
4.2 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EM COLISÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA.....	81
4.2.1 Arguição de Preceito Fundamental nº 101 julgada pelo STF.....	81
4.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540 MC/DF julgada pelo STF.....	91
4.2.3 Apelação Cível em Mandado de Segurança nº. 2011.082253-4 julgada pelo TJ/SC.....	99
4.2.4 Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11 julgado pelo TJ/PA.....	102

<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>110</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>114</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A devida constitucionalização do bem ambiental como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, adveio em atendimento ao movimento internacional nesse sentido. Destarte, a Constituição Federal Brasileira assevera, em seu artigo 225, a proteção ao meio ambiente, como forma de observar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo considerado o meio ambiente um direito fundamental e tendo a estrutura normativa de princípio, poderá colidir com outros bens e direitos constitucionalmente protegidos, o que exige do aplicador do direito utilizar-se da técnica da ponderação para solucionar, de forma racional e justa, o conflito entre direitos fundamentais.

Sob esta perspectiva surge o seguinte problema de pesquisa: O uso da ponderação, nos casos de colisão entre o meio ambiente com os direitos fundamentais da propriedade e da livre iniciativa está sendo realizado pelos tribunais satisfazendo a teoria proposta por Robert Alexy, ou confirma a prática do voluntarismo e da arbitrariedade jurisdicional colocando em risco a efetividade desses direitos fundamentais?

O nosso objetivo geral trata-se de análise da aplicação da ponderação de bens e sua legitimidade nos casos de colisão envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente com os direitos fundamentais da propriedade e da livre iniciativa. Por objetivos específicos, pretende-se identificar o fenômeno da colisão de direitos fundamentais a partir de casos concretos da jurisprudência nacional, como forma de observar a metodologia decisória aplicada, baseada na teoria de Robert Alexy, que envolve uma ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) de bens constitucionalmente protegidos. Averiguar se essa técnica decisória confere uma racionalidade e uma legitimidade à decisão garantindo-se, assim, a segurança jurídica que é essencial ao Estado Democrático de Direito.

Para tanto, em um primeiro momento, será abordada a diferenciação hermenêutica e normativa entre princípios e regras, uma vez que esta diferenciação, para muitos doutrinadores, é base estruturante de formulação e entendimento de uma teoria de princípios. Após o estudo das espécies normativas, analisar-se-á o meio de aplicação dos princípios, qual seja, a ponderação; e o meio de aplicação das regras, a subsunção.

Efetuada esta primeira etapa, partiremos para elucidação da ponderação em si. Desta forma, é primordial a realização de decomposição do princípio da proporcionalidade em suas três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação). Finalmente, analisar-se-ão a estrutura da ponderação, a fórmula do peso de Robert Alexy e as leis de colisão e ponderação.

No capítulo seguinte, abordar-se-ão o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito fundamental à propriedade, bem como o direito fundamental à livre iniciativa. Observar-se-ão suas respectivas características inseridas na Constituição Federal de 1988 e seus reflexos no ordenamento jurídico nacional.

No estudo do direito fundamental ao meio ambiente, proceder-se-á com a elucidação da evolução histórico-constitucional do dever fundamental ao meio ambiente, percorrendo-se entre a garantia dos direitos sociais até os constitucionalizados deveres ecológicos. Além disso, tratar-se-á do caráter duplo do direito fundamental ao meio ambiente, qual seja, de um lado, abarcando uma dimensão de direito subjetivo (em relação ao caráter procedimental do direito aos cidadãos) e, de outro, elementos da ordem objetiva (obrigações incididas ao Estado). Finalizando este tópico, analisar-se-á a importância da interdependência dos direitos sociais com os ecológicos mediante os chamados direitos fundamentais socioambientais, que formam o ideal Estado Socioambiental de Direito.

Já acerca do direito fundamental à propriedade, será explanado um breve histórico sobre o mesmo, ressaltando-se a diversificada aceção dada à propriedade, conforme a sociedade e o momento histórico. Analisar-se-á a natureza constitucional da propriedade e sua função social, no sentido de compreender que, ao proprietário, não são garantidos direitos apenas, mas também lhe são impostas obrigações no que se refere ao atendimento das dimensões social, econômica e ambiental da propriedade.

Em um terceiro momento, será abordado o direito fundamental à livre iniciativa, trazendo aspectos referentes à sua constitucionalização e histórico. Para tanto, inicia-se o estudo da livre iniciativa analisando-se o direito inserido na ordem econômica e a dupla dimensão desse princípio: como princípio constitucionalmente conformador e como princípio constitucional impositivo. Em seguida, decompõe-se o princípio da livre iniciativa na ordem econômica nacional no momento em que se manifesta nas atividades econômicas, por meio do livre mercado e da livre concorrência. Por fim, o tópico da livre iniciativa versará tema relevante acerca da importância de uma vinculação entre o desenvolvimento econômico, por meio da liberdade de empreendimento e o atendimento a um desenvolvimento sustentável, com a eliminação das diferenças sociais e com atendimento a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Finalmente, através de análise empírica no último capítulo, estudar-se-ão acórdãos dos egrégios tribunais – TJ/AL, TJ/PA, TJ/RS, TJ/SC e STF – acerca do uso da ponderação como método decisório nos casos em que haja a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com os direitos fundamentais da propriedade e da livre



iniciativa. Destarte, analisar-se-á se o uso da ponderação foi adequado, ou se houve, por parte dos julgadores, arbitrariedade, e a (re)produção jurisprudencial, com a mera citação da expressão “ponderação” banalizando-a. Para tanto, proceder-se-á com a análise de discurso jurisprudencial.

Na categoria do direito fundamental à propriedade analisar-se-ão os seguintes julgados: Apelação Cível nº 2013.073609-5 do TJ/SC; Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000 do TJ/AL; Agravo de Instrumento nº 70052458874 do TJ/RS; e Apelação Cível nº 70018231142 do TJ/RS.

Já na categoria do direito fundamental à livre iniciativa, decompor-se-á as seguintes jurisprudências: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101 do STF; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540 MS/DF do STF; Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.082253-4 do TJ/SC; e Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11 do TJ/PA.

Deste modo, a presente pesquisa é empírica qualitativa, com análise de discurso jurisprudencial sobre o tema. Utilizar-se-á, como marco de referência, a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*”, de Robert Alexy (2008), especialmente a teoria dos princípios e a teoria da ponderação, que estão no centro da teoria dos direitos fundamentais. Utilizar-se-á, na pesquisa, o método indutivo-analítico. O marco temporal para a coleta de dados da pesquisa é a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988.

A teoria de Robert Alexy é empregada na presente dissertação como marco teórico para a análise da legitimidade e racionalidade das decisões acima mencionadas, quando o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se em colisão com o direito fundamental à propriedade e com o direito fundamental à livre iniciativa. Proceder-se-á com o estudo dos conflitos identificados na jurisprudência de distintos tribunais (TJ/RS, TJ/SC, TJ/AL, TJ/PA e STF) a partir da CF/88, através da seguinte exploração nos sites oficiais dos tribunais: “Direito ao meio ambiente e direito a propriedade”; “Direito ao meio ambiente e direito à livre iniciativa”; “colisão”; e “ponderação”.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, INTERPRETAÇÃO E A PONDERAÇÃO

Robert Alexy (2008) desenvolveu sua Teoria dos Princípios – a qual o presente estudo terá como base teórica – com caráter pós-positivista. O filósofo alemão visou responder as principais questões de conflitos entre direitos fundamentais, em razão do destaque que o instituto da ponderação confere ao sopesamento dos princípios jurídicos. Desse modo, Alexy elaborou uma teoria extremamente analítica e dogmática determinando uma “dissecção sistemático-conceitual do direito vigente”<sup>1</sup>, que teve como intento “a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais”.<sup>2</sup>

A despeito da teoria de Alexy ser toda estruturada e baseada no Direito Constitucional Alemão, muitos juristas, pelo mundo, acabaram por adotá-la. Entretanto, montante exacerbado de normas e posicionamentos acerca do tema, acaba por dificultar o conhecimento e a instrumentalização da aplicação da técnica da ponderação no ordenamento jurídico brasileiro.

Para a apreciação do tema é importante proceder-se, preliminarmente, com o estudo da diferenciação entre as normas jurídicas, quais sejam, os princípios e as regras. Para tanto, apoiar-se-á no que doutrinam os autores Robert Alexy, Ronald Dworkin, entre outros.

### 2.1 NORMAS JURÍDICAS: DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A dogmática jurídica contemporânea distingue a existência de dois tipos de normas: os princípios e as regras. Assim, é de fundamental importância apresentar a distinção entre essas duas categorias normativas, para que, somente após essa diferenciação, possamos seguir com o estudo da Teoria dos Princípios e da colisão entre direitos fundamentais.

Segundo a teoria proposta por Alexy, no que se refere à estrutura das normas de direitos fundamentais, é essencial a distinção entre princípios e regras e, nesse mesmo sentido, o autor faz menção que:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições de direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo:

<sup>2</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 43.

<sup>3</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 85.

A diferenciação entre princípios e regras, segundo Alexy, também proporciona a estruturação de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e “[...] a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício dos direitos fundamentais.”<sup>4</sup> Alexy aponta que uma precisa distinção entre regras e princípios seria o ponto de partida para se chegar a uma resposta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade com relação aos direitos fundamentais. A tese de diferenciação de princípios e regras, adotada por Alexy, é a diferença qualitativa.<sup>5</sup>

Nesse mesmo sentido, Dworkin menciona que a distinção entre princípios e regras tem natureza lógica e se dá em relação à natureza da orientação que ofertam.<sup>6</sup> Barcellos e Barroso referem que, ultimamente, a distinção entre regras e princípios passou a ser feita com caráter qualitativo ou estrutural, o “que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas.”<sup>7</sup> Virgílio Afonso da Silva afirma que a devida diferenciação entre princípios e regras é de grande importância, pois é através dela que definir-se-á o conceito de direito fundamental, sua estrutura, seu âmbito de proteção, a relação entre diferentes direitos fundamentais, bem como as suas restrições.<sup>8</sup>

Conclui-se, portanto, no sentido que a devida diferenciação entre as normas jurídicas – princípios e regras – é essencial para o estudo estrutural e para o desenvolvimento da fundamentação da Teoria dos Princípios.

---

<sup>4</sup> ALEXY, **Teoria dos Direito Fundamentais**, p. 85.

<sup>5</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 85-90.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>7</sup> BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História: a nova interpretação constitucional: e o papel dos Princípios no Direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 281.

<sup>8</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 43.

### 2.1.1 Regras: conceitos, características e conflito entre regras

As regras são normas que são sempre satisfeitas ou não segundo Alexy. E ele clarifica: “Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”<sup>9</sup> Segundo Dworkin, as regras são “aplicáveis à maneira tudo-ou-nada”, ou seja, ou uma regra é válida para o caso, ou será invalidada e nada contribuirá para a decisão.<sup>10</sup> Portanto, a regra é o instrumento do ordenamento jurídico que descreve situações fáticas ou jurídicas, com um grau de abstração mais baixo.

Humberto Ávila propôs, em sua obra,<sup>11</sup> o seguinte conceito de regras, qual seja:

[...] são 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. [grifos do autor].

Nesse mesmo sentido, Silva menciona que as “regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção.”<sup>12</sup> Por essas razões as regras exigem que seu conteúdo, quando aplicável a um caso concreto, seja plenamente satisfeito, e essa é uma das principais características da regra, pois ela não admite sua aplicação parcial.

No caso de colisão entre duas regras, uma delas deverá ser invalidada.<sup>13</sup> Quando da colisão entre regras e quando as consequências jurídicas forem incompatíveis, segundo Silva, o conflito será deliberado no âmbito da validade, ou seja, se as regras possuem como principal característica o protótipo de aplicação “tudo-ou-nada”, não há a possibilidade que duas regras completamente incompatíveis coexistam; uma delas será invalidada. Nesse sentido, Alexy observa que:<sup>14</sup>

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância de norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável ao caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida.

<sup>9</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 91.

<sup>10</sup> DWORKIN, **Levando os Direitos a sério**, p. 39.

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Pc Editorial Ltda., 2005, p. 102.

<sup>12</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr./2002, p. 25.

<sup>13</sup> DWORKIN, **Levando os Direitos a sério**, p. 43.

<sup>14</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 92.

Regras não possuem uma dimensão de peso – como é o caso dos princípios. Segundo Dworkin, “[...] regras são funcionalmente importantes ou desimportantes”<sup>15</sup>, ou seja, se duas regras entram em conflito, uma delas deverá ser invalidada.

### 2.1.2 Princípios: conceitos, características e colisão entre princípios

Os princípios, por sua vez, são *mandamentos de otimização* que ordenam que algo seja alcançado na maior medida possível, considerando-se as circunstâncias jurídicas e fáticas. Segundo Alexy,<sup>16</sup> “[...] a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” Ainda, conforme menciona Alexy:<sup>17</sup>

Sem desconsiderar a importância das regras, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente pela oposição de princípios contrários em alguma medida. Por essa razão os princípios [...] sempre compreendem requisitos *prima facie*, meramente. [grifos do autor].

Os princípios descrevem valores e, por essa razão, são normas com alto grau de abstração. Humberto Ávila<sup>18</sup> propõe o seguinte conceito de princípios:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade 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. [grifos do autor].

Dessa forma, os princípios instituem fins a serem realizados e, para isso, é necessária a promoção de um estado ideal de coisas. São normas do que *deve ser* e seu conteúdo trata de um *estado ideal de coisas*.<sup>19</sup>

Acerca da distinção entre regras e princípios, uma importante característica é a dimensão de peso que os princípios possuem, ou seja, quando há conflito entre princípios, o julgador deverá analisar o conflito levando em conta o peso que cada um deles possui.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 43.

<sup>16</sup> ALEXY, *idem*, p. 90.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. A dignidade Humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert et al. **Dignidade Humana, Direitos sociais e o não-positivismo inclusivo**. 1. Ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 18.

<sup>18</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 102.

<sup>19</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 70.

Diferentemente da espécie normativa das regras, os princípios admitem uma realização parcial do que a norma determina e, por essa razão, possuem caráter de mandamento de otimização.<sup>21</sup>

Nesse sentido, Silva assevera que:

[...] princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios.<sup>22</sup>

Portanto, o balanceamento, então, seria o mecanismo determinante do grau adequado de satisfação de um princípio em relação às exigências de outros princípios. Assim, segundo Alexy,<sup>23</sup> o sopesamento é a forma adequada de aplicação dos princípios, quando colidentes. Quando há colisão entre princípios, diferentemente das regras, um dos princípios deverá ceder, mas não será invalidado. O que ocorrerá é que um dos princípios terá precedência em face do outro, sob determinadas condições do caso concreto.<sup>24</sup>

Alexy nos ensina que os “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”<sup>25</sup> Segundo Alexy:<sup>26</sup>

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. [...] Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. [grifos do autor].

Deste modo, “[...] onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisão *in concreto*.”<sup>27</sup> Princípios, portanto, são “mandamentos de otimização”, que podem

<sup>20</sup> DWORKIN, *Levando os Direitos a sério*, p. 42-43.

<sup>21</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45.

<sup>22</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 01, n. 04, out./dez, 2006, p. 27.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise da Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; [et al.]. **Dignidade Humana, Direitos sociais e o não-positivismo inclusivo**. 1. Ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 18.

<sup>24</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 93.

<sup>25</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 94.

<sup>26</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 117.

<sup>27</sup> STEINMENTZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 63.

permitir ou proibir determinadas condutas e que podem ser satisfeitos em vários graus dependendo, tanto das possibilidades fáticas, quanto jurídicas.<sup>28</sup>

Uma das principais diferenças entre as espécies normativas - princípios e regras -, para Dworkin, é justamente a “dimensão de peso”<sup>29</sup> que os princípios possuem. Um princípio pode possuir uma importância maior do que outro, e quando dois ou mais princípios colidem, dever-se-á resolver essa colisão através da ponderação de bens, determinando qual princípio deverá se sobrepor a outro.

Entretanto, conforme assevera Ávila, não é apropriado falarmos que somente os princípios têm uma dimensão de peso, isso porque, segundo o autor, as regras também admitem um sopesamento de razões, cuja importância é atribuída pelo aplicador. A dimensão axiológica dos princípios não é “privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam resguardar.”<sup>30</sup> Segundo Ávila, também é incorreto dizer que os princípios “*possuem* uma dimensão de peso”, porque “é a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto.”<sup>31</sup>

Os direitos fundamentais são direitos que representam um conjunto de prerrogativas normalmente vinculadas à dignidade da pessoa humana. São direitos imprescindíveis, também, para a formação do Estado Democrático de Direito. Tais direitos fundamentais têm estrutura de princípios e têm uma concepção mais genérica de otimização, *prima facie*, que devem ser realizados da melhor forma possível, e conforme as situações do caso concreto. Como encontramos no texto constitucional um rol extensivo de direitos fundamentais, na prática, esses direitos comumente colidem uns com outros, ou colidem com outros bens constitucionalmente protegidos.

Por ser o meio ambiente uma norma abstrata, que requer, portanto, um balanceamento, isso o torna um princípio. Outrossim, por ser um direito fundamental – conforme já deliberando pelo egrégio STF – um princípio, ao colidir com outros princípios, deve submeter-se à ponderação. Adiante, trataremos do instrumento jurídico da ponderação, com fulcro na Teoria dos Princípios de Alexy.

---

<sup>28</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 90.

<sup>29</sup> DWORKIN, **Levando os Direitos a sério**, p. 42.

<sup>30</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 82.

<sup>31</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 82.

## 2.2 COLISÃO DE PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Observa-se que há um importante atrelamento entre a Teoria dos Princípios e o Princípio da Proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*), pois um implica o outro e vice-versa.<sup>32</sup> Esse último princípio tem papel essencial no Direito Constitucional hodierno, isso porque, com suas três máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), tem sido o método utilizado para o controle de constitucionalidade, sempre quando há restrição legislativa, ou colisão.

A proporcionalidade tem sido muito abordada pelos doutrinadores e pela jurisprudência no Brasil, porém, na maioria das vezes, equivocadamente considerada como sendo sinônimo de razoabilidade. A técnica da proporcionalidade não tem sido tratada de forma uníssona,<sup>33</sup> sendo confundida também com proibição de excesso.

Segundo Steinmetz:<sup>34</sup>

[...] diante da falta de unidade terminológica, a doutrina alemã encarregou-se de produzir o consenso. Assim, assentou-se que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e proibição de excesso (*Übermaß Verbot*) referem-se a uma mesma coisa e que ambos os princípios compreendem os princípios parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Contudo, na prática jurisdicional brasileira, Silva deixa claro que, quando é utilizada a expressão “princípio da proporcionalidade”, nada tem a ver com a classificação das normas de Alexy, mas que tal complexidade expressa a importância dada à proporcionalidade, porém, a proporcionalidade é, segundo Silva, uma regra. Por não poder ser sopesado e aposto em medidas diversas conforme as situações do caso concreto, não há como chamar-se “princípio da proporcionalidade”, uma vez que ele é aplicado de maneira constante – isso com base na teoria de Alexy. Ainda, segundo Silva, Alexy classifica a proporcionalidade explicitamente como sendo uma regra, assim como os seus *sub-elementos*, portanto, devem ser aplicados por meio da subsunção.<sup>35</sup>

Muitos doutrinadores também discordam quando utilizam a proporcionalidade como sendo sinônimo de proibição de excesso. Para esses autores, a proporcionalidade também é aplicada aos casos de omissão ou insuficiente ação estatal.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 116.

<sup>33</sup> SILVA, **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, p. 23.

<sup>34</sup> STEINMETZ, **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 148.

<sup>35</sup> STEINMETZ, **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 25-26.

<sup>36</sup> STEINMETZ, **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 26-27.



Da mesma forma, não há de confundir-se *princípio* da razoabilidade com *princípio ou regra* da proporcionalidade. Através de ambos, segundo Steinmetz, busca-se:

[...] controlar as atividades legislativas e executivas, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.<sup>37</sup>

Apesar de toda a discussão em âmbito nacional e internacional, nosso propósito não é aprofundar o estudo dessas imprecisões conceituais acerca da proporcionalidade. Entretanto, para compreendermos melhor o princípio da proporcionalidade, passaremos ao estudo de suas finalidades, sua estrutura, analisando os testes da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*), da necessidade, ou da exigibilidade, ou ainda da indispensabilidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), e da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

### 2.2.1 Testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito

As máximas parciais da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – apesar de serem muito mencionadas na doutrina pátria, a fazem de forma lacônica, não apontando qual a relação entre as três e como aplicá-las. Segundo Humberto Ávila, um dos problemas suscitados com sua aplicação diz respeito ao funcionamento da proporcionalidade. Sobre a aplicabilidade das três máximas da proporcionalidade ele alega:<sup>38</sup>

Os meios devem ser adequados para atingir um fim. Mas em que consiste, precisamente, a *adequação*? Os meios escolhidos devem ser necessários entre aqueles disponíveis. Mas o que significa ser *necessário*? As vantagens da utilização do meio devem superar as desvantagens. Mas qual o sentido de *vantagens* e relativamente ao *quê* e a *quem* elas devem ser analisadas? Enfim, os três exames envolvidos na aplicação da proporcionalidade só aparentemente são incontroversos. [grifos do autor].

Nesse sentido, esclarece Silva:<sup>39</sup>

Com isso, são ignoradas algumas regras importantes da aplicação da regra da proporcionalidade, impossibilitando sua correta aplicação pelos tribunais brasileiros.

<sup>37</sup> STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 28.

<sup>38</sup> ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, p. 205.

<sup>39</sup> SILVA, O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, p. 34.

Uma dessas regras, trivial à primeira vista, mas com importantes consequências, é a ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam.

Silva salienta que a ordem pré-definida dos subprincípios é fundamental na aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Com relação a essa particularidade, Silva<sup>40</sup> menciona que:

[...] a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. [grifos do autor].

Subsidiariedade, para Silva, então, significa dizer que o exame da necessidade somente será obrigatório se a colisão já não tenha sido resolvida pelo exame da adequação, e que, a aplicação da técnica da ponderação somente será exigida, tão-somente se a questão já não tiver sido solucionada com os exames precedentes da adequação e da necessidade.<sup>41</sup> As três máximas parciais expressam a ideia da otimização e, por esse motivo, a natureza dos princípios provoca a máxima da proporcionalidade reciprocamente.<sup>42</sup>

Procede-se com a apreciação da proporcionalidade sempre que houver uma medida concreta designada a satisfazer um fim. Assim, é necessário proceder com a seguinte análise, segundo Ávila:

[...] das possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).<sup>43</sup>

Um exemplo clássico jurisprudencial de atendimento ao exame dos três subprincípios da proporcionalidade é a ADC nº 9 do STF,<sup>44</sup> ou seja, sem uma relação de

<sup>40</sup> SILVA, O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, p. 34.

<sup>41</sup> SILVA, O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, p. 34.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. Princípios Formais. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.)/ ALEXY, Robert. **Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 06.

<sup>43</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 206.

<sup>44</sup> AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa[sic] imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais,

causalidade “meio-fim” e, sem o exame gradual da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, não se pode proceder com o devido exame da proporcionalidade, por carecerem elementos que o são estruturantes.<sup>45</sup> A ADC nº 9 do STF declarou constitucionais os artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152-2 de 1º de Junho de 2001, que convalidou os atos praticados com base nas medidas provisórias anteriores, *erga omnes*, e com efeito vinculante. A mencionada medida provisória criou a Câmara de Gestão da crise de energia elétrica, do conselho do Governo, onde se estabeleceu diretrizes de consumo, como a cobrança de tarifa especial e a suspensão do fornecimento de energia elétrica. Segundo o mencionado acórdão.<sup>46</sup>

Está plenamente demonstrado, em face da crise de energia elétrica, a **proporcionalidade** e a razoabilidade das medidas tomadas. Há **adequação e necessidade** nas regras impostas pela aludida medida provisória. Como bem destacou o ilustre requerente na inicial ‘o que loca à relação custo-benefício, é melhor que se estabeleçam metas, que se institua a tarifa adicional, que se proceda à suspensão temporária do fornecimento de energia elétrica do que se sujeite a sociedade brasileira ao risco do colapso não controlado, cujos prejuízos são incomensuráveis (fls.119). A progressividade das medidas coercitivas revela, inequivocamente, a adoção de medidas menos onerosas, consagrando a razoabilidade e proporcionalidade do programa. Ressalte-se, por oportuno, que o programa preserva situações excepcionais (v.g. hospitais), o que mais uma vez demonstra à sociedade o seu caráter razoável. [grifo nosso].

Os exames da adequação e da necessidade expressam a otimização dos princípios, no que diz respeito às possibilidades fáticas. Já a ponderação, ou seja, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, exprime a otimização em relação às possibilidades jurídicas.<sup>47</sup> O princípio da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*) exige, então, que o meio leve à realização de um fim específico. A acepção de fim, para Ávila,<sup>48</sup> é a seguinte:

---

decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (STF, ADC 9, DF, Rel. Min. Néri da Silveira, data do julgamento 13/12/2001).

<sup>45</sup> ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, p. 206.

<sup>46</sup> BRASIL, STF. **ADC nº 9**, Relator(a): Min. Néri da Silveira, j. em 13/12/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>>. Acesso em: maio de 2015, p. 27.

<sup>47</sup> ALEXY, Princípios formais. In: **Princípios Formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**, p. 06.

<sup>48</sup> ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, p. 206-207.

*Fim* significa um estado desejado de coisas. Os princípios estabelecem, justamente, o dever de promover fins. Para estruturar a aplicação do postulado da proporcionalidade é indispensável a determinação progressiva do fim. Um fim vago e indeterminado pouco permite verificar se ele é, ou não, gradualmente promovido pela adoção de um meio. Mais do que isso, dependendo da determinação do fim, os próprios exames se modificam; uma medida pode ser adequada, ou não, em função da própria determinabilidade do fim. [grifo do autor].

Há, portanto, com a análise da adequação, uma relação empírica entre o meio e o fim, onde o aplicador vai prevalecer-se de um meio, cuja eficácia colabora diretamente para a realização de forma gradual do fim. Silva menciona que a adequação tem sido mal conceituada pelos doutrinadores nacionais, isso porque eles mencionam ser a adequação o instrumento apto para “alcançar” um fim pretendido. Para Silva, a tradução do verbo *fördern* – utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão – é equivocada, uma vez que o termo correto seria “fomentar”.<sup>49</sup>

Silva<sup>50</sup> enuncia que somente será considerada uma ação inadequada, quando o seu emprego não acarretar qualquer contribuição para fomentar a efetivação do fim que se pretende alcançar. Portanto, somente será adequada uma medida, quando a sua aplicação fizer com que “o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado.”<sup>51</sup>

Passado o exame da adequação, procede-se com o exame da necessidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), também denominado de exame da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, ou exame da intervenção mínima. É um exame imprescindivelmente comparativo, ou seja, pergunta-se se não existe outra medida restritiva estatal, distinta da utilizada, mas da mesma forma adequada e eficaz, menos nociva ao direito fundamental em análise.<sup>52</sup>

Segundo Steinmetz, na máxima parcial da necessidade, identificam-se quatro ressalvas essenciais, quais sejam:

A primeira, já exposta, é o da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda é a de que se parte da hipótese de que havia ou pode haver uma medida alternativa menos gravosa. É a presença do elemento da dúvida. Nesse sentido é o princípio da desconfiança. A terceira nota essencial é a da comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição. Inicialmente, compara-se adotando o critério da menor prejudicialidade. Se houver empate no quesito prejudicialidade, então verifica-se qual é o meio ou medida mais

<sup>49</sup> SILVA, O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, p. 36.

<sup>50</sup> SILVA, O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, p. 37.

<sup>51</sup> BOROWSKI, Martin *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr./2002, p. 36.

<sup>52</sup> STEINMETZ, **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 151.

eficaz [...]. A quarta nota essencial é a dimensão empírica. É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é o meio menos prejudicial.<sup>53</sup>

Silva menciona que:

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.<sup>54</sup>

Assim, o exame da necessidade é fundamental, isso porque não seria admissível a escolha de uma medida estatal restritiva de um direito fundamental se tivesse outra medida, com a mesma eficácia, que restringisse o direito fundamental afetado em menor escala. Portanto, é um juízo empírico “[...] que indica qual é, entre os meios igualmente eficazes, o menos gravoso ou o menos prejudicial.”<sup>55</sup> Evidencia-se a relevância do exame da necessidade.

Posteriormente à análise da necessidade da medida estatal restritiva, proceder-se-á ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, ao exame da ponderação. Com relação à máxima parcial da ponderação, será efetuada uma decomposição de forma aprofundada neste estudo, no item que segue.

### 2.3 PONDERAÇÃO

Congregando as ideias alvitadas até o presente momento, a base estruturadora da teoria dos princípios é a diferenciação teórica entre regras e princípios. Então, regras são comandos definitivos, aplicadas por meio da subsunção. Já os princípios são comandos de otimização, que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são originadas fundamentalmente por princípios colidentes e, por isso, os princípios têm caráter *prima facie*. A determinação de um grau de cumprimento de um princípio em relação às exigências de outro é feita através da ponderação. Assim, ponderação é a maneira específica de aplicação dos princípios.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> STEINMETZ, **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 151.

<sup>54</sup> SILVA, O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, p. 38.

<sup>55</sup> STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

<sup>56</sup> ALEXY, Princípios formais. In: **Princípios Formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**, p. 05.

Para Silva, as “possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais.”<sup>57</sup> Com relação à ponderação, quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a efetivação de cada um deles depende do grau de efetivação dos demais, e o sopesamento entre eles perquire alcançar um ótimo grau de efetivação para todos. Silva menciona que:

A otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>58</sup>

Sobre a proporcionalidade em sentido estrito, ou o método da ponderação (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), Ávila<sup>59</sup> menciona que:

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

[...] Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva”. [grifos do autor].

A ponderação de bens, então, é um instrumento jurídico que visa adotar uma decisão em caso de conflitos entre direitos fundamentais onde um direito, ou um bem, deverá ter precedência sobre outro. O método da ponderação foi desenvolvido, pioneiramente, no TCF alemão, no famoso caso de *Lüth*, onde decidia-se acerca da colisão entre o direito fundamental à livre manifestação de opinião (LF, art. 5º, parágrafos 1 e 2) e a proteção à atividade industrial face a um incitamento ao boicote. O Tribunal resolveu, levando em conta situações do caso *in concreto*, que o direito fundamental à liberdade de expressão prevaleceria, porquanto não comprometia interesses de outro indivíduo, vez que seria uma atividade industrial. A partir da referida decisão, a ponderação começou a ser difundida nos ordenamentos jurídicos pelo mundo, como instrumento metodológico decisório para resolução de conflitos entre direitos e outros bens fundamentais.

Segundo Canotilho,<sup>60</sup> a ponderação ou balanceamento de bens difundiu uma alteração metodológica no direito constitucional, isso por conta de três fatores, quais sejam:

<sup>57</sup> SILVA, O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, p. 44.

<sup>58</sup> SILVA, *idem*, p. 44.

<sup>59</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 217.

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. In: STEINMETZ, **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**, 2001, p. 141.

(a) a inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, o que exige uma norma de decisão que considere as circunstâncias do caso concreto; (b) a natureza principal de muitas normas constitucionais, o que, na hipótese de colisão, exige um juízo de peso, um balanceamento, uma ponderação, portanto, uma solução diferenciada do conflito de regras (antinomia), na qual há um juízo de validade; (3) “fractura[sic] da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efectuado[sic] para a solução dos conflitos”. (grifo do autor)

O princípio da ponderação é abreviado de forma singular por Alexy, na denominada “lei da ponderação”, qual seja: “Quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.”<sup>61</sup> Segundo Alexy, o exame da proporcionalidade em sentido estrito pode ser feito em três etapas, quais sejam:

No primeiro é avaliado o grau da não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.<sup>62</sup>

Com vistas a todo o exposto, explícita é a importância do exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou da ponderação, mormente no que pese ao estabelecimento de diretrizes metodológicas, com a finalidade de análise das medidas restritivas que direitos fundamentais suportam.

### 2.3.1 Estrutura da ponderação e a Fórmula de Peso

A ponderação é um instrumento metodológico utilizado para resolver uma incompatibilidade entre normas *prima facie*. A ponderação é uma estrutura composta por três elementos: a lei da ponderação, a fórmula de peso e as cargas de argumentação. Através desses três elementos é possível fundamentar-se uma relação de precedência condicionada entre princípios colidentes, para somente assim estabelecer qual deles deve determinar a solução para o caso concreto.<sup>63</sup>

Ana Paula de Barcellos esclarece que é possível visualizar três maneiras diferentes de executar a ponderação. A ponderação, primeiramente, é trazida como a forma de aplicação dos princípios; em segundo lugar, a técnica da ponderação versaria no

<sup>61</sup> ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 167.

<sup>62</sup> ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 594.

<sup>63</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Estructura y límites de la ponderación*. 1989. Disponível em: <<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015. p. 07-08.

*balanceamento/sopesamento* dos bens constitucionalmente protegidos em conflito, como forma de atingir uma conclusão mais adequada; e, em terceiro lugar, muitos doutrinadores entendem a ponderação em um sentido mais amplo, como elemento próprio e imprescindível ao discurso e às decisões racionais.<sup>64</sup>

A ponderação, que é a terceira máxima da proporcionalidade, diz respeito às possibilidades jurídicas. A “lei da ponderação” determina que “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.”<sup>65</sup>

O intérprete, ao aplicar a ponderação, deverá percorrer determinadas etapas. Com isso, ao tratar da estrutura da ponderação, analisam-se as suas três etapas sucessivas:

Primeiro: determinação (“mensuração”) do grau de não-satisfação ou de não-realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de “quantificar” o grau de intensidade da intervenção ou da restrição. Segundo: avaliação da importância (“peso”) da realização do outro princípio (o princípio oposto). Terceiro: demonstração de que a importância da realização do princípio oposto justifica a não-realização do princípio restringido.<sup>66</sup>

Os dois primeiros passos são equivalentes, pois versam sobre a definição de qual o grau de afetação ou não satisfação do primeiro princípio, e também determinam qual a importância na satisfação do princípio oposto. Segundo Alexy, o grau de afetação de um princípio pode ser leve, médio ou intenso. Pulido exemplifica com o caso de uma criança não ser levada ao hospital pelos pastores evangélicos afetaria a vida e a saúde dessa criança, sendo, portanto, uma afetação de grau intenso. E a satisfação da liberdade de culto dos pastores poderia ser graduada como leve ou média.<sup>67</sup>

Adverte-se que o grau de limitação de um dos princípios, no caso concreto, não é a única variável relevante para determinar, no terceiro passo da ponderação, se a satisfação do segundo princípio justifica a limitação do primeiro. A segunda variável chama-se “peso abstrato”. Segundo Carlos Bernal Pulido<sup>68</sup>:

La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la

<sup>64</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24-27.

<sup>65</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 167.

<sup>66</sup> STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

<sup>67</sup> PULIDO, **Estructura y límites de la ponderación**, p. 09-10.

<sup>68</sup> PULIDO, idem, p. 10.



fuelle del derecho en que aparecen – por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa – en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad.<sup>69</sup>

Como exemplo disso, Pulido afirma que o princípio de proteção à vida tem um peso abstrato maior que a liberdade, pois, para exercer qualquer dos outros direitos fundamentais, antes, é necessário garantir-se a vida.<sup>70</sup>

A terceira variável da ponderação é a chamada “variável S”, que determina a garantia das apreciações empíricas sobre a restrição que a medida examinada, no caso concreto, ilustra sobre os princípios relevantes. Sobre a referida variável, Pulido<sup>71</sup> afirma o seguinte:

La existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio.<sup>72</sup>

Voltando ao caso da afetação do direito à saúde da menina evangélica, tal afetação deverá ser considerada como intensa, se existir certeza do perigo de morte. Ao contrário, será uma afetação média, quando os médicos não conseguirem comprovar as consequências de a criança não receber tratamento médico específico.<sup>73</sup>

Na aplicação do direito constitucional, a lei da ponderação é diferentemente explicitada. A apreciação dos princípios e da discricionariedade legislativa demandam, entretanto, uma definição mais concisa da estrutura da ponderação. Para isso, a lei da ponderação teve que ser melhor formulada, surgindo a ilustre “fórmula do peso”,<sup>74</sup> de Alexy, qual seja:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

<sup>69</sup> Tradução da autora: “A variável do peso abstrato se funda no reconhecimento de que, apesar de que as vezes os princípios que entram em colisão têm a mesma hierarquia em razão da fonte de direito em que aparecem – por exemplo, dos direitos fundamentais que estão na Constituição que têm a mesma hierarquia normativa – em alguns casos um deles pode ter uma maior importância em abstracto, de acordo com a concepção de valores predominantes na sociedade”.

<sup>70</sup> PULIDO, idem, p. 10.

<sup>71</sup> PULIDO, idem, p. 12.

<sup>72</sup> Tradução da autora: “A existência da variável surge do reconhecimento de que as apreciações empíricas relativas à afetação dos princípios em colisão podem ter um distinto grau de certeza, e, dependendo dele, maior ou menor deverá ser o peso que se reconhece ao respectivo princípio”.

<sup>73</sup> PULIDO, **Estructura y límites de la ponderación**, p. 12.

<sup>74</sup> ALEXY, **A Dignidade Humana e a análise da Proporcionalidade. Dignidade Humana, Direitos sociais e o não-positivismo inclusivo**, p. 20.

O  $W_{i,j}$  representa o peso concreto do  $P_i$  quando ele, em um caso concreto, colide com o princípio  $P_j$ . Então, essa fórmula de peso define o peso concreto com o quociente dos três fatores que estão em cada lado da ponderação.  $I_i$  representa a intensidade da interferência em  $P_i$ . Já  $I_j$  representa a importância do cumprimento do princípio colidente  $P_j$ , mas,  $I_j$  também pode significar a intensidade de interferência em  $P_i$ .  $W_i$  e  $W_j$  representam os pesos abstratos dos princípios  $P_i$  e  $P_j$ , respectivamente. Normalmente, tratando-se de colisão entre direitos fundamentais, esses pesos abstratos são iguais, e eles se anulam reciprocamente.<sup>75</sup>

$I_i$  e  $I_j$ , assim como  $W_i$  e  $W_j$  representam a dimensão material da ponderação.  $R_i$  e  $R_j$  representam a certeza das suposições empíricas e normativas que dizem respeito à questão de quanto intensa é a interferência de  $P_i$  e quanto intensa a interferência em  $P_j$  seria se a interferência em  $P_i$  fosse omitida. Além disso, a certeza das suposições empíricas e normativas pode também relacionar-se à classificação dos pesos abstratos, ou seja, a  $W_i$  e a  $W_j$ . A certeza é um fator epistêmico.<sup>76</sup>

Importante mencionar que, com o passar dos anos, Alexy tem representado a certeza em ambos os lados da fórmula de peso pelas variáveis  $R_i$  e  $R_j$ . Em algumas de suas publicações, o autor definiu  $R_i$  e  $R_j$  apenas como suposições empíricas.<sup>77</sup> Contudo, conforme o próprio Alexy,

[...] isso não se encaixa bem ao fato de já no *Pós-escrito da Teoria dos direitos fundamentais*, ou seja, em 2002, eu ter ressaltado a importância sistemática da distinção entre discricionariedade epistêmica empírica e discricionariedade epistêmica normativa.<sup>78</sup> [grifos do autor].

Alexy profere que isso também não tem relação com a segunda lei da ponderação, a denominada “lei da ponderação epistêmica”, que determina que “Quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam.”<sup>79</sup>

Apenas a título de informação, importante ressaltar que  $R_i$  e  $R_j$  deverão, nesta nova formulação, serem compreendidas como se referindo tanto a premissas normativas, quanto a premissas empíricas, expressado pela seguinte equação:  $(R_i = R_i^e \cdot R_i^n)$ . Então, a versão

<sup>75</sup> ALEXY, A Dignidade Humana e a análise da Proporcionalidade. **Dignidade Humana, Direitos sociais e o não-positivismo inclusivo**, p. 20.

<sup>76</sup> ALEXY, A Dignidade Humana e a análise da Proporcionalidade. **Dignidade Humana, Direitos sociais e o não-positivismo inclusivo**, p. 20-23.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. In: **Ratio Juris**, 16, 2003, p. 446.

<sup>78</sup> ALEXY, Princípios formais. In: **Princípios Formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**, p. 09.

<sup>79</sup> ALEXY, Princípios formais. In: **Princípios Formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**, p. 09.

refinada da fórmula de Alexy, a qual é denominada de “Fórmula do peso completa refinada”,<sup>80</sup> resulta da seguinte maneira:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

A fórmula de peso, que é formal, exige valores para os pesos abstratos, para os graus de interferência e para a certeza das suposições empíricas. Com essa problemática, Alexy desenvolveu uma escala triádica para preencher essas variáveis da fórmula de peso, quais sejam:  $2^0$ ,  $2^1$  e  $2^2$ , ou seja, 1, 2 e 4 e, no caso de certeza das suposições empíricas,  $2^0$ ,  $2^{-1}$  e  $2^{-2}$ , ou seja,  $1$ ,  $\frac{1}{2}$  e  $\frac{1}{4}$ . Assim, em um caso concreto, após a aplicação desses valores, se o resultado for maior que 1,  $P_i$ , deve prevalecer; se o resultado for menor que 1,  $P_j$ , deve prevalecer, e se o resultado for igual a 1, ocorrerá um empate.<sup>81</sup>

Ressalta-se que as referidas fórmulas foram mencionadas no presente trabalho, de forma superficial, apenas a título de informação.

O terceiro elemento estrutural da ponderação é a “carga de argumentação”, que opera quando há empate entre os valores resultantes da fórmula de peso. A carga de argumentação é utilizada para decidir quando os pesos dos princípios são idênticos. Com relação a esse elemento, Alexy apresenta dois posicionamentos contrários: um no capítulo final da obra “Teoria dos direitos fundamentais”, e outra no epílogo da “Teoria dos direitos fundamentais”, escrito 15 anos depois.<sup>82</sup>

Primeiramente, Alexy defende a existência de uma carga argumentativa a favor da liberdade jurídica e da igualdade jurídica, que coincidiria com a máxima “*in dubio pro libertate*”. Com base nisso, nenhum outro princípio oposto à liberdade e à igualdade jurídicas poderia prevalecer sobre elas, somente por “razões mais fortes”.<sup>83</sup>

Nesse sentido, Pulido<sup>84</sup> menciona que:

Como consecuencia, si una medida afectara a la libertad o a la igualdad jurídica y los principios que la respaldan no tuviesen un mayor peso que éstas, entonces, la

<sup>80</sup> ALEXY, Princípios formais. In: **Princípios Formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**, p. 10-11.

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise de Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade Humana, Direitos sociais e o não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 20-23.

<sup>82</sup> PULIDO, **Estructura y límites de la ponderación**, p. 14.

<sup>83</sup> PULIDO, **Estructura y límites de la ponderación**, p. 14-16.

<sup>84</sup> PULIDO, **Estructura y límites de la ponderación**, p. 16.

medida resultaría ser desproporcionada e, si se tratase de una ley, ésta debería ser declarada inconstitucional.<sup>85</sup>

Entretanto, Alexy, em epílogo da sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, aborda um posicionamento contrário, determinando que, em caso de empate não seria julgado a favor da liberdade e da igualdade jurídica, mas a favor do legislador e do princípio democrático. Com o empate, então, a lei deve ser declarada constitucional, por ter sido produzida dentro da competência que a Constituição concede ao legislador.<sup>86</sup>

Portanto, após as considerações acerca da estruturação e etapas da ponderação, em um próximo momento, pretender-se-á analisar as objeções à técnica da ponderação.

### 2.3.2 Objeções e contra-objeções à ponderação

De fato, é por deveras exigente a Teoria dos Princípios de Alexy (2008), principalmente no que diz respeito às etapas da proporcionalidade. No entanto, a complexidade não a resguarda das críticas, que será objeto de análise a partir desse tópico.

Explicitamente, no ordenamento jurídico brasileiro, há uma “elevação da ponderação<sup>87</sup> como a forma de aplicação por excelência dos direitos fundamentais, principalmente em se tratando de colisão entre direitos fundamentais. Entretanto, na maioria dos julgados analisados, há apenas uma breve citação da teoria de Alexy, bem como da ponderação, e não há a correta aplicação da regra da proporcionalidade e de suas três máximas.

Apesar da ponderação ser a metodologia decisória elegida pelos egrégios tribunais brasileiros, para resolver os conflitos entre direitos fundamentais, temos que ter em mente que a técnica do sopesamento não é algo matemático, que garante uma resposta única e correta em todos os casos. Com relação aos limites da ponderação, Pulido<sup>88</sup> afirma que, “*Por el contrario, tiene diversos limites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones.*”<sup>89</sup> E como

<sup>85</sup> Tradução da autora: “Como consequência, se uma medida afetar a liberdade ou a igualdade jurídica e os princípios que a respaldam não tiverem peso maior do que estas, então a medida resultaria desproporcional, e se tratasse de uma lei, esta deveria ser declarada inconstitucional”.

<sup>86</sup> PULIDO, **Estructura y límites de la ponderación**, p. 16.

<sup>87</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: Ronaldo Porto Macedo Jr.; Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 364.

<sup>88</sup> PULIDO, **Estructura y límites de la ponderación**, p. 28-29.

<sup>89</sup> Tradução da autora: “ Ao contrário, têm diversos limites de racionalidade que oferecem ao intérprete uma irreduzível margem de ação, onde pode fazer valer sua ideologia e suas próprias valorações.”

mencionado anteriormente, para a aplicabilidade da ponderação, há de se seguir pressupostos específicos.

Uma das importantes e mais duras críticas à ponderação, é a ameaça ao princípio da separação de poderes. Segundo Steinmetz,<sup>90</sup>

[...] o exame da proporcionalidade, pelo Judiciário, das intervenções legislativas nos direitos fundamentais acarretaria o enfraquecimento do Legislativo, poder democrático legítimo, e poderia, no limite, resultar em um “Estado de juízes” “ou governo de juízes”. Tanto mais real seria a ameaça à separação de poderes quanto mais intensiva e extensiva fosse a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Conforme Ernest Forsthoff,<sup>91</sup> o uso da ponderação estreitaria a liberdade do legislador ao criar leis, o que geraria uma “degradação da legislação”. Nesse mesmo sentido, Hans Huber<sup>92</sup> afirma que esse tipo de princípio geral de direito configura-se perigoso, e pode favorecer a uma “dessubstancialização” normativa, principalmente pelos juízes. A “super-expansão” do princípio da proporcionalidade, nomeada pela doutrina alemã, concederia excessivos poderes ao Poder Judiciário no controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>93</sup>

Como contra-objeção à crítica da ameaça à separação dos poderes, importante ressaltar que a proporcionalidade tem por escopo averiguar se uma medida restritiva – normativa, legislativa ou judicial – de direito fundamental é adequada, necessária ou proporcional em sentido estrito. O princípio da proporcionalidade é um instrumento de contenção nas “[...] intervenções nos direitos fundamentais contrárias à Constituição ou nela não justificadas. Não se pode invocar a separação de poderes para deixar em aberto a possibilidade de os direitos fundamentais ficarem à livre disposição do legislador.”<sup>94</sup>

Nesse sentido, Bonavides menciona que, “de fato, o princípio da proporcionalidade produz uma certa ascendência do juiz sobre o legislador, mas não a ponto de violar o princípio da separação dos poderes.”<sup>95</sup>

Outra crítica versa sobre a violação dos Princípios da Segurança Jurídica e da Igualdade, que se dá com a aplicabilidade discricionária da ponderação e da relativização da

<sup>90</sup> STEINMETZ, **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 194.

<sup>91</sup> FORSTHOFF, Ernest *apud* STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 194-195.

<sup>92</sup> HUBER, Hans *apud* STEINMETZ, idem, p. 195.

<sup>93</sup> STEINMETZ, idem, p. 195-196.

<sup>94</sup> STEINMETZ, idem, p. 196.

<sup>95</sup> BONAVIDES, Paulo *apud* STEINMETZ, **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 196.

lei, resultante do uso da proporcionalidade. Sob a ótica do processo penal, Gonzalez-Cuellar Serrano<sup>96</sup> menciona o seguinte:

[...] las críticas que oponen al principio de proporcionalidad los principios de seguridad jurídica y de igualdad se apoyan en la importancia de las formalidades procesuales (Justizförmigkeit) en el proceso penal y en las negativas experiencias históricas e las que ha conducido la concesión a los órganos de persecución de una discrecionalidad desvinculada de estas últimas. La desformalización – se aduce – ha derivado siempre en degeneración del proceso penal y en conversión de la búsqueda de la verdad en arbitrariedad jurídica.<sup>97</sup>

Contudo, certeza jurídica não quer dizer ter conhecimento prévio e, ainda, ter certeza incondicional sobre qual a decisão que um juiz adotará em um caso concreto, mas que o magistrado está vinculado a certos teores normativos e a determinados procedimentos para tomar uma decisão. Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano, essa objeção ao princípio da proporcionalidade não é suficientemente forte para enfraquecer a vigência e importância constitucional que tem a proporcionalidade.<sup>98</sup>

Em relação estritamente ao uso da ponderação, uma das mais graves críticas faz-se sob a ótica da sua metodologia em si, que coloca a ponderação em questão quanto a sua racionalidade. Com relação às objeções metodológicas, Alexy (2008) refere que certas críticas não consideram a ponderação um modelo aberto a um controle racional. O autor afirma que,

Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes.<sup>99</sup>

Segundo Alexy, tais considerações seriam levadas em conta se, com elas, se quiser referir que a ponderação não é um método que conduza, em todo e qualquer caso, a uma decisão exclusiva, mas essa objeção não é procedente, quando “daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.”<sup>100</sup> Entretanto, a lei de colisão,

<sup>96</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas *apud* STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**, p. 197-198.

<sup>97</sup> Tradução da autora: “[...] as críticas que se opõem ao princípio da proporcionalidade, os princípios da segurança jurídica e da igualdade são baseados na importância de formalidades processuais (Justizförmigkeit) no processo penal e nas negativas experiências históricas o que levou a concessão aos órgãos de persecução a uma discricionariedade desligada destas últimas. O informalização - argumenta-se - sempre resultou da degeneração do processo penal e à conversão da busca da verdade em arbitrariedade jurídica.”

<sup>98</sup> STEINMETZ, **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**, p. 198.

<sup>99</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 163-164.

<sup>100</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 164.

proposta por Alexy, prova que a ponderação é um procedimento racional, a qual descreve a estrutura da solução da colisão entre princípios.

Segundo Ana Paula de Barcellos, as objeções à ponderação ocorrem, basicamente, em duas ocasiões: quando envolve a colisão entre direitos fundamentais previstos na Constituição, e quando aventa a modalidade denominada pelos americanos de *ad hoc balancing*.<sup>101</sup>

O juiz, ao utilizar a ponderação no caso concreto, sem seguir quaisquer diretrizes ou parâmetros abstratos que vinculem o magistrado, nada mais é do que a modalidade *ad hoc balancing*. A questão fica ainda mais controvertida, quando a ponderação envolve a colisão entre direitos fundamentais.<sup>102</sup> Sobre essa questão, abordar-se-á, em capítulo específico, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Barcellos sistematiza, em sua obra, as principais objeções à ponderação, quais sejam:

A ponderação seria uma técnica inconsistente do ponto de vista metodológico. As noções de balanceamento ou sopesamento são vagas e não veiculam uma idéia[sic] clara sobre o conteúdo da técnica. Além disso, não há parâmetros racionais para a ponderação e inexistem um padrão de medida homogêneo e externo aos bens em conflito capaz de *pesar* de forma consistente a importância de cada um deles. A ausência de parâmetros impede até mesmo que se verifique se uma ponderação levada a cabo é ou não correta.

Por conta da inconsistência metodológica, a ponderação admite um excessivo subjetivismo na interpretação jurídica, e, portanto, enseja arbitrariedade e voluntarismo.

A ponderação arruína as conquistas próprias do Estado de direito, em especial a contenção do arbítrio por meio da legalidade (enunciados gerais e abstratos) e a segurança jurídica daí decorrente, trasmudando o Estado de direito em um 'Estado de Ponderação'.

A lógica da ponderação transforma a aplicação do direito em um novo processo político, no qual vantagens e desvantagens serão livremente (re)avaliadas por órgãos que não têm legitimidade para exercer esse ofício, em franca violação ao princípio da separação de poderes.

Quando envolve a Constituição, a ponderação acaba por aniquilar a conquista da normatividade de suas disposições, já que dilui a certeza da previsibilidade que deveriam caracterizá-las, especialmente quando se trate de cláusulas pétreas. A ponderação submete tais disposições ao jogo próprio da política e à imprevisibilidade, ameaçando sobretudo os direitos fundamentais.

Na maior parte dos casos, o juiz manifestará as convicções comuns à maioria da população acerca dos diferentes temas constitucionais. Historicamente, porém, os direitos fundamentais têm previsão constitucional justamente para estarem a salvo dos humores das maiorias. Se tais direitos puderem ser livremente submetidos à ponderação, na prática eles estarão sendo lançados às maiorias novamente. E nem se tratará de uma maioria política, eleita, que represente os diferentes segmentos da sociedade [...], mas apenas da opinião pessoal de um juiz ou de um grupo de juízes sobre o assunto.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> BARCELLOS, **Ponderação, racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50.

<sup>102</sup> BARCELLOS, *idem*, p. 50.

<sup>103</sup> BARCELLOS, **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**, p. 50-53.

Acerca da tese que sustenta que o sopesamento possibilita sempre uma decisão racional, Alexy (2008) a refuta alegando que a Teoria dos Princípios nunca propôs tal alegação, e que sempre ressaltou que a ponderação não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso concreto, a um resultado único e certo. Ele menciona que “[...] embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isto é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método.”<sup>104</sup>

Como visto anteriormente, Alexy elaborou uma série de fórmulas, além de casos que poderiam ser decididos pelo escalonamento triádico. Além disso, o autor vislumbra que existem alguns casos onde há o que ele denomina de “casos de impasses”. Justamente, a partir desses casos que Alexy admite que a ponderação poderá levar a uma “discricionariedade estrutural para sopesar.”<sup>105</sup> Alexy elucida o seguinte:

E isso tem que ser assim, porque as intensidades de intervenção e os graus de importância não são passíveis de serem metrificadas com o auxílio de uma escala deste tipo. Com certa frequência, a simples classificação como leve, mediano ou sério já cria problemas. Às vezes consegue-se, com certo esforço, distinguir entre leve e sério, e em alguns casos até mesmo isso parece ser impossível. Por isso, escalonamentos jurídicos só são possíveis com limiares relativamente rudimentares, e isso nem mesmo em todos os casos.<sup>106</sup>

Alexy acaba por reconhecer a existência de casos de impasse, em que é imperativo uma discricionariedade estrutural para a realização da ponderação. À guisa de uma conclusão, Alexy menciona:

Os direitos Fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.<sup>107</sup>

Essas são considerações de grande valia, porém sabe-se que há, independentemente do uso ou não da ponderação pelo magistrado, de voluntarismo e arbitrariedade por conta do último. As decisões, devidamente fundamentadas dependerão sempre das convicções e do humor dos magistrados. A própria autora Barcellos, nesse sentido menciona que:

<sup>104</sup>ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 595.

<sup>105</sup>ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 603.

<sup>106</sup>ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 603.

<sup>107</sup>ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 611.



[...] parte da crítica resumida acima seria aplicável, ainda que em menor intensidade, à interpretação jurídica como um todo, especialmente nas hipóteses em que o intérprete está diante de princípios que veiculem valores ou opções políticas, ou ainda diante de conceitos vagos que exijam determinação.<sup>108</sup>

Podemos considerar a ponderação um método decisório seguro, desde que o julgador siga devidamente as diretrizes da proporcionalidade – adequação, necessidade e ponderação – e, do mesmo monte, adote a fórmula de peso, elaborada com excelência por Alexy, seguindo todos os passos da ponderação, de forma a chegar-se a uma decisão justa e racional.

---

<sup>108</sup> BARCELLOS, **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 53.

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, À PROPRIEDADE E À LIVRE INICIATIVA

Antes de adentrarmos na análise de discurso propriamente dita, análise esta que trata da colisão entre os direitos fundamentais ao meio ambiente, à propriedade e à livre iniciativa, é de essencial importância o estudo desses três direitos fundamentais especificamente.

#### 3.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A constitucionalização do meio ambiente decorreu, efetivamente, da Declaração de Estocolmo, no ano de 1972, onde se proclamou, de forma pioneira, ser o meio ambiente um direito fundamental de todos. O princípio primeiro da Declaração de Estocolmo determinou que:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. [...].<sup>109</sup>

Desse modo, a Declaração de Estocolmo foi a primeira grande Convenção internacional preocupada com o meio ambiente, que declarou o “direito humano ao meio ambiente.”<sup>110</sup> Com a crescente crise ecológica mundial e em um mundo pós-segunda guerra, muitas nações mobilizaram-se no sentido da tutela do meio ambiente, como forma de combater a degradação ambiental desenfreada. Ressalta-se que a denominada crise ambiental decorreu da busca incansável pelo desenvolvimento econômico e científico, através do esgotamento dos recursos naturais, o que agravou a poluição mundial, com o aumento de emissão de gás carbônico, ocasionando graves danos ambientais, como, por exemplo, as mudanças climáticas.

Destarte, ao final do século XX, várias constituições pelo mundo,<sup>111</sup> influenciadas pelas grandes convenções e mobilizações ambientais, consagraram o direito ao meio ambiente

---

<sup>109</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972.

<sup>110</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22.

<sup>111</sup> Como é o caso, por exemplo, da Constituição Peruana de 1993 (art. 2º), a Lei Fundamental Alemã de 1994 (art. 20a), assim como a Constituição Federal Brasileira de 1988 (art. 225).

como sendo um direito fundamental, inerente à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito, ao deparar-se com essa crise ambiental global, teve que buscar o restabelecimento do equilíbrio e da proteção aos direitos sociais e ambientais, por se tratar de uma ameaça direta ao Estado Democrático de Direito.<sup>112</sup> Nesse sentido, Fensterseifer e Sarlet mencionam que<sup>113</sup>:

Para além de um bem-estar individual e social, as construções jurídico-constitucionais caminham hoje no sentido de garantir ao indivíduo e à comunidade como um todo o desfrute de um *bem-estar ambiental*, ou seja, de uma vida saudável com qualidade ambiental, o que se apresenta como indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa e ao desenvolvimento humano no seu conjunto. [grifo dos autores]

O art. 225 da Constituição Federal de 1988 determina que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, além de impor, ao poder público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

### 3.1.1 Evolução histórico-constitucional do dever fundamental ao meio ambiente: dos direitos sociais aos deveres ecológicos

O movimento ambientalista foi consagrado, dentre tantos outros momentos históricos, pela Conferência de Estocolmo em 1972. Decorrente dessa importante convenção, diversas nações constitucionalizaram a proteção ao meio ambiente como: a do Brasil, de 1988 (art. 255); a Constituição Peruana, de 1993 (art. 2º); a Constituição da Argentina, de 1994 (art. 41); a Constituição da Bulgária, de 1971; a Lei Fundamental Alemã, com a emenda de 1994 (art. 20a); dentre tantas outras.<sup>114</sup>

Após o século XVIII, com a queda do absolutismo, através da Revolução Francesa, houve a consagração do indivíduo superando a sua qualidade até então de súdito, surgindo os chamados direitos de primeira geração, quais sejam: a igualdade, a liberdade e a propriedade

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 46

<sup>113</sup> 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.12.

<sup>114</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Propriedade, posse e meio ambiente: uma ponderação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 52-53.

privada. Essa concepção individualista desenvolveu-se com o liberalismo do século XIX. Posteriormente, surgiram os direitos sociais e políticos resultantes das lutas por mais liberdade aos cidadãos, os chamados direitos fundamentais de segunda geração.

Finalmente, em um momento pós segunda guerra mundial, passou-se a se desenvolver os direitos de 3ª geração, não mais individualistas, mas de direitos coletivos, e é nesse momento que incluiu-se o direito fundamental à proteção do meio ambiente. Diante disso, o direito ao meio ambiente torna-se um direito fundamental, apesar de não constar expressamente no art. 5º da CF/88 como tal. Corrobora-se, nesse sentido, o que determina o § 2º do referido dispositivo que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Mesmo constando a tutela ao meio ambiente em nossa Carta Magna, houve, durante alguns anos, muita discussão entre os doutrinadores e pela jurisprudência pátria sobre o reconhecimento do direito ao meio ambiente como sendo um direito fundamental. Toda essa discussão foi solucionada com decisão do Egrégio STF, cuja ementa menciona:

MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS (...). COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incube, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina [...].<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> STF. **ADI nº 3540 MC**, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJe 03/02/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 20 out. 2016.

O art. 225, § 1º, do Capítulo VI da CF/88, determina que:

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

O disposto no artigo pressupõe o âmbito negativo e positivo da atuação do Estado.

Anizio Pires Gavião Filho menciona que:

A delimitação negativa significa: *i)* a recusa da estatização, no sentido de que a tutela do ambiente é uma função de todos, e não apenas do Estado; *ii)* a insuficiência da visão liberal no sentido de que o Estado não se resume a um mero Estado de polícia, confiante na obtenção da ordem jurídica ambiental pelo livre jogo de forças contrapostas. Por seu turno, a delimitação positiva significa: *i)* a abertura ambiental no sentido de que os indivíduos possam obter do poder público todas as informações sobre o ambiente; *ii)* a participação dos indivíduos nas questões relativas à defesa e proteção do ambiente, notadamente no âmbito dos procedimentos administrativos que tratam das questões ambientais; *iii)* o associacionismo ambiental no sentido de que a sociedade, regularmente organizada, possa valer-se dos instrumentos da democracia para exercitar pressão sobre o legislador e o administrador em relação às questões ambientais[sic], inclusive exercer a dedução de pretensão jurisdicional por intermédio de ações para a preservação e reparação de ações ou omissões estatais ou privadas lesivas ao ambiente.<sup>116</sup>

O direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado configura-se como direito fundamental na ordem constitucional positiva brasileira. O referido direito consagrou-se diante da crise ambiental, como a poluição dos ecossistemas, a partir de um mundo pós-guerra, do qual surgiram inúmeros movimentos ambientalistas. Assim, avaliando a incapacidade dos

---

<sup>116</sup> GAVIÃO FILHO, **Direito fundamental ao ambiente**, p. 24-25.

direitos de liberdade e mesmo dos direitos sociais, o reconhecimento a um direito fundamental ao meio ambiente constituiu-se o eixo essencial das discussões político-jurídicas e constitucionais hodiernas.

O bem ambiental se centra no ideal do interesse transindividual ou metaindividual, também denominados de direitos difusos, situados no intermédio entre o público e o privado, não pertencendo a ninguém em específico e, ao mesmo tempo, a todos, sendo classificados como Direitos Fundamentais de Terceira Geração.

Diante do exposto, conclui-se ser indiscutível a fundamentalidade do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado como tal internacionalmente, pelo constituinte brasileiro, pela doutrina pátria e pelo egrégio STF.

### 3.1.2 Caráter duplo do direito fundamental ao meio ambiente

Assim como todos os direitos fundamentais, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apresenta um caráter duplo, na medida em que abarca uma dimensão de direito subjetivo, além de elementos da ordem objetiva. O direito fundamental ao ambiente mostra-se como elemento da ordem objetiva, ou seja, tem seu teor apregoado nas obrigações incididas ao Estado, visando garantir o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado para todos. Um exemplo do âmbito objetivo é o art. 225, § 1º da CF/88, quando define objetivos estatais para a realização e garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O § 1º do art. 225 da CF/88, desse modo, estabelece competências para a União, Estados e Municípios, “[...] conferindo-lhes funções preventivas, restauradoras e promocionais relativas ao ambiente.” Sobre o direito fundamental ao meio ambiente como determinação objetiva do Estado, Gavião Filho<sup>117</sup> menciona o que segue:

O significado dessa configuração do direito fundamental ao ambiente como determinação de objetivo estatal é que as técnicas operativas do Estado estão dirigidas a um ‘fim’ fundamental, que é ‘proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente’.

Outro exemplo da configuração do direito fundamental ao meio ambiente, na perspectiva de elemento objetivo, encontra-se no art. 225, § 1º, inciso IV da CF/88, o qual

---

<sup>117</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito Fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 41.

encarrega aos institutos federais promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, e da respectiva normalização infraconstitucional sobre a política nacional de educação ambiental (art. 3º, *caput* e inciso I da Lei nº 9.795/99).

Essa dimensão do direito ambiental como um fim do Estado não é muito debatida, ao contrário da dimensão subjetiva do direito ambiental. Nesse sentido, Gavião Filho menciona que:

A configuração do direito ao ambiente como um direito subjetivo estaria impedida porque as questões ambientais estão além da concepção individualista do sujeito de direito, próprio da modernidade e, também, porque os direitos subjetivos, enquanto têm como arquétipos os direitos de propriedade, representam exatamente o contrário do que se necessita para a proteção dos recursos naturais que, em um sistema de mercado, são bens comuns, de livre disposição, de interesses difusos e gratuitos.<sup>118</sup>

Contudo, há o reconhecimento da dimensão subjetiva do direito ao meio ambiente em relação ao caráter procedimental desse direito. Isso porque não há como definir o que seria um “meio ambiente ecologicamente equilibrado”; o que é possível é permitir aos indivíduos os direitos de informação, participação, tutela administrativa e jurisdicional do meio ambiente. A esse respeito Gavião Filho refere que:

No modelo constitucional e infraconstitucional brasileiro, o caráter procedimental do direito fundamental ao ambiente manifesta-se pelo direito de o cidadão promover ação popular para anular ato lesivo ao ambiente (art. 5º, LXXIII da Constituição); pelo direito de constituição de associações de defesa do ambiente, conferindo-lhes legitimidade ativa para a ação civil pública em favor da proteção do ambiente (art. 1º, I, combinado com o art. 5º, II da Lei 7.347/85); pelo direito à informação e direito de participação (art. 225, §1º, IV da Constituição combinado com o art. 10º, §1º, da Lei 6.938/81 e art. 11 da Resolução 01/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente), inclusive com realização de audiência pública para discussão do estudo prévio de impacto ambiental (art. 1º da Resolução 09/87 do Conselho Nacional do Meio Ambiente).<sup>119</sup>

Outrossim, o direito fundamental ao ambiente apresenta caráter de direito subjetivo, no sentido que todos os cidadãos podem pleitear o direito de defesa contra atos danosos ao ambiente. Um exemplo é o art. 5º, inciso LXXIII da CF/88, que legitima o cidadão a promover ação popular contra ato lesivo ao meio ambiente, *in verbis*:

Art. 5º [...]:  
[...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à

<sup>118</sup> GAVIÃO FILHO, **Direito Fundamental ao ambiente**, p. 41.

<sup>119</sup> GAVIÃO FILHO, **Direito Fundamental ao ambiente**, p. 41-42.

moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Da coesão desses dois elementos (subjetivo e objetivo), decorre a configuração jurídico-constitucional completa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### 3.1.3 Estado Socioambiental de Direito

Diversas conferências internacionais e nacionais acerca da proteção do meio ambiente corroboraram a vinculação direta da saúde da biosfera com as condições sociais e econômicas dos países. Isso porque a desigualdade social, resultante do desenfreado desenvolvimento econômico das nações, acarretou no esgotamento de boa parte dos recursos naturais, desencadeando a terrível crise ambiental que nos assola. Nesse sentido, Sarlet e Fensterseifer<sup>120</sup> mencionam que:

O Relatório *Nosso Futuro Comum* (ou Relatório Brundtland), datado de 1987, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, na antessala da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), reconheceu a nossa dependência existencial em face da biosfera e destacou o quadro de desigualdade social na base do projeto de desenvolvimento econômico e social levado a cabo até então no cenário mundial, revelando que uns poucos países e comunidades no mundo consomem e esgotam boa parte dos recursos naturais, ao passo que outros, em um número maior, consomem muito pouco e vivem na perspectiva da fome, da miséria, da doença e da morte prematura. De lá pra cá, tanto a degradação do ambiente quanto a desigualdade social apenas foram agravadas. [grifo dos autores].

A resolução da crise ambiental e dos problemas sociais decorrem essencialmente do combate à desigualdade social. Entretanto, é notório que os direitos sociais não foram suficientemente eficazes para garantir direitos básicos sociais aos cidadãos. O direito ambiental surge exatamente das dificuldades do Estado em “[...] enfrentar uma nova e complexa situação posta no seio da sociedade industrial: a degradação ambiental.”<sup>121</sup> Com isso, transmuta-se o Estado (Constitucional) de Direito para Estado Socioambiental de Direito, ou alcunhado de outras formas como: Estado Pós-social, Estado Constitucional Ecológico, Estado de Direito Ambiental, Estado do Ambiente, Estado Ambiental, Estado de Bem-Estar

<sup>120</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, *Direito Constitucional Ambiental*, p. 115.

<sup>121</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, *Direito Constitucional Ambiental*, p. 116.



Ambiental e Estado Sustentável.<sup>122</sup> Importante ressaltar que o termo adotado na presente dissertação será o Estado Socioambiental.

Tudo quanto foi dito nos leva a compreender que a degradação ambiental e a desigualdade social caminham juntas, e acabam lesando profundamente a dignidade das populações. Destarte, a importância de tutelar-se conjuntamente os direitos sociais e ecológicos, constituindo verdadeiros direitos fundamentais socioambientais. A esse respeito, Sarlet e Fensterseifer referem que:

[...] é perceptível que é precisamente (também, mas não exclusivamente!) neste ponto que reside a importância de uma tutela compartilhada e integrada dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, agrupados sob o rótulo genérico de *direitos fundamentais socioambientais* (DESCA), assegurando as condições mínimas para a preservação da qualidade de vida, aquém das quais poderá ainda haver vida, mas essa não será digna de ser vivida. No sentido de ampliar o núcleo de direitos sociais, de modo a atender as novas exigências para uma vida digna, especialmente em razão da ‘nova’ questão ambiental. [grifo dos autores]<sup>123</sup>

Vale dizer que os direitos sociais devem abarcar direitos como alimentação, moradia, assistência médica, educação, trabalho, dentre outros, além do importantíssimo direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Igualmente, os movimentos ambientalistas devem comunicar-se com os movimentos sociais.<sup>124</sup>

Na história do desenvolvimento da acepção de uma justiça ambiental, principalmente nos Estados Unidos, na década de 80, decorreram as pautas ambientais de movimentos sociais. Não há dúvida de que os principais propagadores da justiça ambiental são os movimentos e associações ligadas aos direitos civis e, mais recentemente, ao direito a um meio ambiente saudável às presentes e futuras gerações. Sarlet e Fensterseifer<sup>125</sup> referem que:

[...] qualquer institucionalização das demandas ecológicas deve passar necessariamente pelo enfrentamento dos direitos sociais, como premissas para uma condição cidadã, conciliando tais mundos e afirmando a própria dimensão integrativa e interdependente de tais direitos na conformação de uma tutela integral da dignidade da pessoa humana no horizonte político-jurídico de um *socioambientalismo*. [grifo dos autores].

A interdependência dos direitos sociais aos direitos ambientais, mediante a inserção, no mundo jurídico, dos denominados direitos fundamentais socioambientais, decorre da

---

<sup>122</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, **Direito Constitucional Ambiental**, p. 116-117.

<sup>123</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, **Direito Constitucional Ambiental**, p. 117.

<sup>124</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, **Direito Constitucional Ambiental**, p. 117-118.

<sup>125</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, **Direito Constitucional Ambiental**, p. 118.

definição de desenvolvimento sustentável na esfera do Estado Socioambiental de Direito.<sup>126</sup> Destarte, o desenvolvimento sustentável tem como requisito essencial o crescimento econômico agregado aos cuidados ao meio ambiente. Para isso, é fundamental a redistribuição equitativa dos ganhos sociais e econômicos, além dos ambientais a todos os indivíduos.

O meio ambiente, sob uma perspectiva da justiça redistributiva, deve ser visto como um bem fundamental de todos – incluindo a fauna e flora –, e os riscos e danos causados pelo homem, como ônus a serem distribuídos de forma igualitária.

Há alguns autores que correlacionam a perspectiva da busca por uma justiça ambiental como sendo uma “especialização da justiça distributiva”, por estar diretamente vinculada com a ideia de justa distribuição do meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os seres humanos.<sup>127</sup> A propósito, Sarlet e Fensterseifer referem que:

[...] ainda, que se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, conseqüentemente, não pode ser qualificado como sustentável. A proteção ambiental, portanto, está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos é dependente de condições ambientais favoráveis, como, por exemplo, o acesso à água potável (através de saneamento básico, que também é um direito fundamental social integrante do conteúdo do mínimo existencial), à alimentação sem contaminação química (por exemplo, de agrotóxicos e poluentes orgânicos persistentes), a moradia em área que não apresente poluição atmosférica, hídrica ou contaminação do solo (como, por exemplo, na cercania de áreas industriais), ou mesmo riscos de desabamento (como ocorre no topo de morros desmatados e margens de rios assoreados).<sup>128</sup>

Há um novo paradigma de Estado de Direito que tem por objetivo garantir a dignidade da pessoa humana, bem como todos os direitos fundamentais – de todas as dimensões – com o escopo de instituir um modelo jurídico-político-econômico em consonância com o princípio do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, Sarlet e Fensterseifer dizem que:

As dimensões dos direitos humanos e fundamentais, na sua essência, materializam as diferenças refrações do *princípio da dignidade da pessoa humana*, pilar central da arquitetura constitucional contemporânea, portanto, do Estado Socioambiental, reclamando uma compreensão integrada, desde logo incompatível com um sistema

<sup>126</sup> Idem, p.119.

<sup>127</sup> HERCULANO, Selene, *apud* RAMMÊ, Rogério Santos. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos**: conjecturas políticas-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica. Caxias do Sul: Educs, 2012, p.101.

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito à saúde e proteção do ambiente na perspectiva de uma tutela jurídico-constitucional integrada dos direitos fundamentais socioambientais (DESCA). In: **Boletim do Instituto de Saúde**, vol. 12, n. 3, Dez. de 2010. Disponível em: < <http://portal.saude.sp.gov.br/instituto-de-saude/bis/bis-volume-12-n-3>>. Acesso em: 12 maio 2016, p. 252.

de preferencias no que diz com a prevalência, em tese, de determinados direitos em relação a outros.<sup>129</sup> [grifos dos autores].

Diante do exposto, há de se ter conta de que há a existência de uma dimensão, tanto ecológica, quanto de uma dimensão social na dignidade da pessoa humana. Isso quer dizer que somente atendendo as duas dimensões que a dignidade seria garantida de forma constitucionalmente adequada. E que, na configuração de um Estado Socioambiental de Direito, o aspecto da segurança ambiental assume papel fundamental, com o Estado adotando a função de garantir aos indivíduos a não-violação de sua dignidade por conta dos danos ambientais produzidos pela sociedade de risco.<sup>130</sup>

Desse modo, superado o modelo de Estado Social – que, por sua vez, já havia superado o Estado Liberal –, evoluiu-se a um Estado Socioambiental de Direito, salvaguardando a dignidade da pessoa humana e agregando a ela uma dimensão ecológica, visando combater o cenário de riscos e de degradação ambiental. A baliza jurídico-constitucional socioambiental adequa-se à necessidade da tutela dos direitos sociais e dos ambientais, em um mesmo plano jurídico-político, visando o desenvolvimento humano nos moldes sustentáveis. Nesse sentido, há o surgimento de um constitucionalismo socioambiental, ou ecológico.<sup>131</sup>

Diante do exposto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado tem como objeto o pleno equilíbrio do ecossistema, servindo para que os seres vivos dele o utilizem sem promover sua degradação total, preservando-o para as futuras gerações.

### 3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE

O art. 5º, no inciso XXII da CF/88, garante o direito fundamental à propriedade, que deverá atender sua função social. Igualmente, o art. 170 da CF/88 trata dos princípios gerais da atividade econômica, entre eles o da propriedade privada (no inciso II) e o da função social da propriedade (inciso III). O *caput* do artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro estabelece que: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

---

<sup>129</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); KRELL, Andreas J. [et al.]. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19.

<sup>130</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): Algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); KRELL, Andreas J. [et al.]. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 16-17.

<sup>131</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, **Direito Constitucional Ambiental**, p. 56.

Diante dessa breve introdução acerca do direito à propriedade, partir-se-á ao estudo, mesmo que sucinto, do histórico desse direito fundamental, bem como a análise de suas especificações, além da importância de sua função social.

### 3.2.1 Breve histórico sobre a propriedade privada

Diferentemente do instituto da posse, que é uma situação de fato, a propriedade importa um direito. Importante ressaltar que a propriedade tem significado diferenciado conforme a sociedade e o momento histórico.

Houve um período em que a humanidade agrupava-se em comunidades, em geral nômades, a fim de garantir a sua sobrevivência. O sentido de propriedade, como a concebemos atualmente, não existia. Essa acepção alterou-se quando o indivíduo passou a agir de forma sedentária e, com isso, a delimitar o território que estava sob o uso. Já na civilização romana, a propriedade individual passa a ter importância, sendo forma de poder público e expressa na Lei das XII tábuas, onde havia o direito de usar e abusar (*jus utendi e abutendi*). Os romanos não reconheciam limites à propriedade e ao proprietário, a não ser a servidão, a passagem e o aqueduto. Ana Rita V. Albuquerque menciona, sobre o direito de propriedade romano, que:

Era impossível pensar que tudo o que continha o terreno não estivesse sob o poder do *pater familias* romano e não fosse imune a qualquer intervenção. Água, metais, tesouros, solo e construções, *res nullius* ou *res alienae*, tudo se incorporava à propriedade por acessão. A independência do proprietário traduzia-se em verdadeiro aspecto de soberania e sua vontade determinava o destino do bem.<sup>132</sup> [grifos da autora].

Entretanto, apenas na Idade Moderna que a propriedade efetivamente adquiriu características semelhantes ao que ela importa contemporaneamente. Passou a ser considerada um direito natural do homem, rompendo o paradigma católico de concessão divina. Ultrapassada tal concepção de propriedade, muitos doutrinadores, filósofos e inclusive a própria Igreja Católica passaram a sustentar que pertenceria ao homem o que, com seu esforço, viesse a modificar, podendo ele dispor daquele bem como lhe conviesse.

Na Idade Média, influenciada pelas culturas bárbaras, a propriedade passou a ser vinculada à ideia de soberania nacional, e o território passou a ser considerado elemento de poder. Em 1804, a inviolabilidade da propriedade foi proclamada no Código Francês, em seu

---

<sup>132</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Propriedade, posse e meio ambiente:** uma ponderação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.11.

art. 544, que previa: “*La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvue qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.<sup>133</sup>

O Código de Napoleão definiu a reconhecida concepção exacerbadamente individualista do direito à propriedade. Essa caracterização foi recepcionada pela maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo. Assim, a propriedade foi considerada como direito absoluto e como objeto de manutenção de um *status quo* da burguesia e do liberalismo. A propriedade não teria limites, a não ser nos termos da lei. Ressalta-se que esses limites impostos pelas leis apenas apaziguavam os interesses e os direitos entre os diferentes proprietários.

No sentido de direito absoluto, Ana Rita Vieira Albuquerque refere que:

Os amplos poderes e a autonomia do proprietário sobre a coisa, tanto quanto uma senhoria plena e absoluta que excluísse qualquer outra pessoa, inspiravam diferentes definições do direito de propriedade, a fim de diferenciá-lo dos demais direitos reais. Em um primeiro plano, colocou-se em relevo a pertinência da coisa ao sujeito, que correspondia a um instinto inato do homem de ter a coisa como sua e sujeita à sua vontade.<sup>134</sup>

Porém, com a dificuldade em se definir o direito de propriedade, diversos códigos pelo mundo descreveram o conteúdo geral da propriedade. No Brasil, o Código Civil Brasileiro, de 1916, acolheu a referida concepção de propriedade do Código Francês de 1804. Com isso, corroborou-se o esforço de asseverar o poder individual sobre os bens de forma definitiva. O art. 524, do Código Civil Brasileiro, de 1916, dispunha que: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

Entretanto, somente no século XIX, o exorbitante individualismo, característico da propriedade, foi ultrapassado pela revolução industrial e, a partir dos movimentos sociais, onde buscavam o sentido também social da propriedade. E, com o constituinte brasileiro de 1988, visando alcançar a dignidade da pessoa humana, o direito à propriedade deixa de ser um direito absoluto e perene.

---

<sup>133</sup> Tradução da Autora: “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça o uso proibido pelas leis ou regulamentos.”

<sup>134</sup> ALBUQUERQUE, **Propriedade, Posse e Meio Ambiente**: Uma Ponderação, p. 14.

### 3.2.2 A natureza constitucional da propriedade e sua função social

O Código Civil Brasileiro, de 2002, define e garante uma propriedade dinâmica, rompendo com o paradigma individualista, atendendo também os primas econômico, social e ambiental da propriedade. Albuquerque menciona que:

Contemporaneamente a propriedade não se coloca mais como um direito inatingível, mas relativizado ao fim de assegurar uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. [...] Dessa forma o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor de acordo com a função social, bem como o direito de reaver o bem de quem quer que injustamente o possua ou detenha. É o que dispõe o art. 1228 do Código Civil Brasileiro de 2002.<sup>135</sup>

O direito fundamental à propriedade deve, hodiernamente, atender a três importantes dimensões da propriedade, quais sejam: econômica, social e ambiental. Visando o bem comum, essas finalidades da propriedade ditam os limites do exercício desse direito, adotando-se a perspectiva da função socioambiental da propriedade. Rompe-se com o paradigma individualista da propriedade, denotando uma verdadeira evolução do direito fundamental à propriedade, deixando este último de ser um direito absoluto e inerte às dimensões social e ambiental. Nesse mesmo sentido, Silva afirma que:

Demais, o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo a qual o seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também das imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social, e ainda à concepção da propriedade socialista, hoje em crise.<sup>136</sup>

Como qualquer direito fundamental, com raras exceções, o direito fundamental à propriedade não é um direito absoluto. Neste sentido, há a possibilidade de restrições deste último, desde que em nome da dignidade humana alheia e com base nos ditames socioambientais.

Convém, no entanto, ressaltar que o *caput* do art. 1228 do Código Civil Brasileiro de 2002 enuncia que o proprietário tem direito de usar, gozar e dispor de acordo com a função social. Isso quer dizer que o conteúdo da propriedade incide sobre a autonomia privada. A ruptura desse paradigma privatista acerca da propriedade demonstra que nosso ordenamento

<sup>135</sup> ALBUQUERQUE, **Propriedade, Posse e Meio Ambiente: Uma Ponderação**, p. 16.

<sup>136</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 272.

jurídico exige “[...] uma sociedade cada vez mais complexa, que não se limita a garantir a atividade dos particulares, mas busca vedar comportamentos ilegítimos que possa se opor ao interesse coletivo.”<sup>137</sup>

Entretanto, isso não quer dizer que, no ordenamento jurídico, o caráter individualista, que a propriedade também possui vá ser rechaçado em todos os casos. Da mesma forma que o direito fundamental à propriedade não é mais visto como sendo um direito absoluto, não significa que haverá, de forma absoluta e constante, a subordinação do individual ao coletivo. Com relação a esse ponto, fundamental à presente pesquisa, uma vez que analisar-se-á em próximo capítulo, a técnica da ponderação nos casos em que a propriedade colide diretamente com o direito fundamental ao meio ambiente.

A função social da propriedade diz respeito que o seu titular deverá atender às três dimensões do direito fundamental à propriedade: econômica, social e ambiental. Ou seja, dependerá da conduta do titular da propriedade a sua legitimação. Os artigos 182 e 183, ambos de nossa Carta Magna, referem que a propriedade é condicionada ao direito urbanístico, a fim de atender a sua função social e propiciar moradia, condições dignas de trabalho, recreação e circulação humana.

Importante destacar, apenas a título de conhecimento, que o art. 186 da CF/88 estabelece a função social da propriedade rural, dispondo o que segue:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Como visto acima, ao contrário da propriedade urbana, a função social da propriedade rural não decorre de um conceito amplo e vago. A Constituição expressa exigências específicas para a concretização da função social da propriedade rural.

Todas estas considerações, acerca da função social da propriedade dizem respeito que, ao proprietário, não são garantidos apenas direitos, mas lhe são impostos ônus e obrigações com base ao atendimento das dimensões social, econômica e ambiental da propriedade. Deve haver um justo equilíbrio entre essas três dimensões para que seja legitimado o direito ao seu titular.

---

<sup>137</sup> ALBUQUERQUE, **Propriedade, Posse e Meio Ambiente**: Uma ponderação, p. 16.

Ao Estado resta o controle e a restrição dessa titularidade. A esse respeito, Albuquerque<sup>138</sup> menciona que:

Atualmente, a atribuição do poder político identifica-se muito mais com o controle do que com a titularidade de bens. A propriedade de bens materiais, móveis e imóveis, a propriedade comercial, a propriedade industrial a empresa, demonstram que houve um rompimento com o esquema clássico da propriedade individual imobiliária que determinou, inclusive, uma alteração na forma de defesa da propriedade. Esta, não mais se dá por uma necessidade absoluta de acesso e de manutenção dos poderes que outorga, mas justamente pela necessidade de uma intervenção estatal capaz de impedir que a propriedade seja uma sede de privilégios e destruição de riquezas.

Portanto, a propriedade deixa de ser um direito subjetivo individual e passa a ser considerada sob uma perspectiva coletiva. O titular deste direito passa a ter direitos e deveres, tanto nos contenciosos entre proprietário e vizinhos, quanto entre proprietário e sociedade. Desse modo, o direito fundamental à propriedade estruturalmente vincula não apenas o titular desse direito, mas todos os poderes públicos, especificamente, o legislador ordinário. Nesse sentido Albuquerque<sup>139</sup> refere que:

Nessa linha, apesar de a função social da propriedade representar uma reserva de intervenção para o legislador, pode constituir também um elemento regulador da intervenção, inclusive, protetor do núcleo essencial do direito da propriedade, especialmente nos casos em que possa colidir com algum outro direito fundamental, a exemplo o meio ambiente.

Conclui-se que a função social da propriedade, além de ser um instrumento de estimativa e adaptação judicial da conduta dos proprietários, é igualmente reguladora de eventuais restrições, além de proteger o núcleo essencial do direito à propriedade.<sup>140</sup> A função social da propriedade é um princípio básico que não pode ser confundido com restrição do direito de propriedade. Tem por função limitar os poderes do titular, mas de forma que este último atenda as dimensões social, econômica e ambiental da propriedade.

---

<sup>138</sup> ALBUQUERQUE, **Propriedade, Posse e Meio Ambiente**: Uma ponderação, p. 32-33.

<sup>139</sup> ALBUQUERQUE, **Propriedade, Posse e Meio Ambiente**: Uma ponderação, p. 34-35.

<sup>140</sup> ALBUQUERQUE, **Propriedade, Posse e Meio Ambiente**: Uma ponderação, p. 35.



### 3.3 DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA

A livre iniciativa é referida como sendo um fundamento da república no art.1º, outrossim como princípio da ordem econômica no art.170, inciso IV, todos da nossa Carta Magna. No parágrafo único, do art. 170 da CF, há manifesta garantia de exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo quando a lei exigir. O direito fundamental à livre iniciativa é praticada na atividade econômica de produção, circulação, distribuição e consumo de bens e serviços no mercado onde atuam os agentes econômicos, quais sejam: o Estado, os empresários, os trabalhadores e os consumidores.

Destarte, para que alguém exerça uma atividade econômica lícita, é essencial que saiba da possibilidade de exercício da atividade, o que Eros Roberto Grau denomina de sensibilidade (conhecimento se há possibilidade), bem como tenha acesso à atividade econômica eleita, o que o referido autor chama de acessibilidade.<sup>141</sup>

Assim, são fundamentos da República Federativa do Brasil, entre outros, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa, o qual será analisado a seguir.

#### 3.3.1 A livre iniciativa na ordem econômica

No art. 1º, IV da CF/88, a livre iniciativa é posta como um fundamento da República Federativa do Brasil. Já no art. 170, *caput* da CF/88, a livre iniciativa é enunciada como um dos princípios da ordem econômica. Nesse mesmo artigo, em seu parágrafo único, a Constituição garante aos cidadãos o livre exercício de toda e qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do poder público, com exceção dos casos em que a lei exigir.

Desse modo, o princípio da livre iniciativa possui uma dupla dimensão: como princípio político constitucionalmente conformador (art. 1º, IV e art. 170 *caput* ambos da CF/88) e como princípio constitucional impositivo (art. 170, IV e parágrafo único da CF/88). Nesse mesmo sentido, Eros Roberto Grau, afirma que: “Enunciado no art. 1º, IV e afirmação no art. 170, *caput*, consubstanciam *princípios políticos constitucionalmente conformadores*; *livre concorrência*, no art. 170, constitui *princípio constitucional impositivo* [...]”<sup>142</sup>

<sup>141</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 243.

<sup>142</sup> GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 242.

A primeira dimensão (art. 1º, IV da CF/88) da livre iniciativa diz respeito ao valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa, ou seja, a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, não é enunciada com caráter individualista, mas no que expressa como sendo socialmente importante. No art. 170, *caput*, a ordem econômica deve atender à valorização do trabalho humano e à livre iniciativa. O parágrafo único do art. 170 da CF/88 assevera que:

Art. 170. [...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Neste sentido, a livre iniciativa refere-se às liberdades de indústria, comércio, empresa e de contrato. O *caput* do art. 170 da CF é um esteio da ordem econômica, e o parágrafo único, desse mesmo artigo, garante a todos a liberdade de quaisquer daquelas atividades independente de autorização do poder público, salvo nos casos previstos por lei. Com relação à valorização do trabalho, Grau menciona que:

Nota-se, assim, que esta é então tomada singelamente como objeto a ser valorizado. É nesse sentido que assiste razão a José Afonso da Silva, ao sustentar que a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.<sup>143</sup>

Fica, pois, claro que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho do cidadão e na iniciativa privada. Segundo Silva, a ordem econômica consagra:

[...] uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista.

[...] embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. [...] conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). [grifos do autor].<sup>144</sup>

A ordem econômica, em nossa Carta Magna de 1988, consagra um regime de mercado organizado, optando pelo modelo liberal do processo de desenvolvimento econômico, que somente permite intervenções ou restrições pelo Estado quando houver abuso

<sup>143</sup> GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 242.

<sup>144</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 720.

de poder econômico, tanto pelo âmbito público, quanto pelo setor privado. Assim, resumindo o entendimento de Grau, a livre iniciativa abarca liberdade de comércio e indústria, e liberdade de concorrência, as quais, conectadas com a liberdade pública e a liberdade privada expõe os seguintes sentidos:

- a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico);
- b) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado (liberdade pública);
- c) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei (liberdade pública);
- d) faculdade de conquistar a clientela, desde que não por meio de concorrência desleal (liberdade privada);
- e) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência (liberdade privada);
- f) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes (liberdade pública).<sup>145</sup>

A CF/88, segundo Grau, contempla a ordem social, e a economia de mercado, com fulcro em uma perspectiva neoliberal. Ele explica que: “[...] a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado[...].”<sup>146</sup>

Acerca da ordem econômica nacional, considera-se suficiente o que já fora explanado até então. Analisar-se-á mais a fundo, a partir de agora, a livre iniciativa e sua relação com a livre concorrência.

### 3.3.2 A livre iniciativa e a livre concorrência de mercado

O princípio da livre iniciativa na ordem econômica nacional manifesta-se na atividade econômica através do livre mercado e também da livre concorrência. A livre concorrência é disposta pela nossa Carta Magna como princípio. O art. 170, IV da CF traz, ao lado de outros, a livre concorrência como “princípio da ordem econômica”. Acerca do tratamento como princípio dado à livre concorrência pela CF/88, Grau demonstra preocupação e refere que:

A afirmação, principiológica, da *livre concorrência* no texto constitucional é instigante. De uma banda porque a concorrência livre – não *liberdade de concorrência*, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas

<sup>145</sup> GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 246.

<sup>146</sup> GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 232-233.

quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O § 4º do art. 173 refere ‘abuso do *poder econômico*’. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não teria o condão de bani-lo da realidade. Apenas, no entanto, tendo-o reconhecido, soa estranha a consagração principiológica da *livre concorrência*. Para que tal não ocorresse, em presença da consagração do princípio, haveria o mencionado § 4º de dispor: ‘A lei reprimirá os abusos decorrentes do exercício da atividade econômica...’. O que, não obstante – repito – seria inteiramente em vão: nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real – mundo do ser – a braçadas.<sup>147</sup> [grifos do autor].

Grau ainda afirma que é instigante essa característica principiológica, pois a própria Constituição a confronta. A livre concorrência, por ser posta como um “livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela”, presume-se desigualdades na competição, partindo de uma situação inicial de igualdade jurídica-formal.<sup>148</sup>

Na verdade, segundo Grau, assume outro sentido o princípio da livre concorrência, e não há oposição entre este último com o princípio da repressão aos abusos do poder econômico. Desse modo, a acepção de livre concorrência, que permite a competição aberta – herança de um capitalismo ferrenho – assume outro significado. Diz respeito à liberdade de concorrência, desmembrada em liberdade privada e liberdade pública. De acordo com Ferraz Júnior, a livre concorrência, hodiernamente, é vista como um:

[...] processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Nesse sentido, a livre iniciativa induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder.<sup>149</sup>

Diante do exposto, a livre iniciativa deve ser reconhecida, em parte, como o princípio da ordem econômica na Constituição de 1988, porém, não como liberdade anárquica, mas social.<sup>150</sup> Analisar-se-á, a seguir, a vinculação entre a livre iniciativa e o desenvolvimento sustentável.

<sup>147</sup> GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 250-251.

<sup>148</sup> GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 251.

<sup>149</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio *apud* GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 252.

<sup>150</sup> GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 257.

### 3.3.3 A livre iniciativa e o desenvolvimento sustentável

Vale a menção de que a livre iniciativa possui um perfil muito mais amplo do que abordado até o presente, porém não será objeto de estudo desta pesquisa. O que importa a esse estudo é que a livre iniciativa é expressão de liberdade, não apenas para a empresa, mas também como forma de garantia do trabalho livre.

Vários são os princípios da ordem econômica. Dentre eles, há a defesa do meio ambiente, no art. 170, VI da CF/88. Desse modo, o princípio de defesa do meio ambiente adere à ordem econômica nacional, informando os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego, além de ser instrumento essencial para assegurar, à coletividade, uma vida digna.

Dentro desta perspectiva, a atividade econômica deixa de ser individualista, abarcada no modelo clássico liberal e passa a atender às necessidades ambientais, adotando uma perspectiva coletiva e intergeracional. Nesse sentido, Albuquerque acrescenta que: “Procura-se enfatizar a compreensão de bem-estar e de qualidade de vida, substituindo a noção de crescimento econômico decorrente da acumulação material de riqueza, para delinear o valor dos bens da natureza e seus custos para os homens.”<sup>151</sup>

Deve-se, portanto, trilhar por um caminho que equilibre a busca pelo desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, que haja uma verdadeira reconciliação entre a atividade econômica e os recursos naturais. Neste sentido, Cristiane Derani menciona que “[...] não apenas a natureza é socializada (civilizada), mas a sociedade é naturalizada.”<sup>152</sup>

A CF/88 dispõe que a proteção ao meio ambiente é um princípio que rege a atividade econômica nacional, nos termos do art. 170, inciso IV, a seguir descrito:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
[...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Esse princípio promove uma aproximação da livre iniciativa com a igualdade e fraternidade, e busca combater as desigualdades sociais e valorizar o trabalho em prol da

<sup>151</sup> ALBUQUERQUE, **Propriedade, posse e meio ambiente**: uma ponderação, p. 77.

<sup>152</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125.

dignidade da pessoa humana.<sup>153</sup> A esse respeito, há a necessidade de uma harmonia entre o desenvolvimento econômico e a preservação da natureza e, da mesma forma, há de se coordenar práticas individuais e os interesses coletivos. Em outras palavras, a livre iniciativa deve atender aos valores ecológicos, da mesma forma que a propriedade, ao cumprir com sua devida função social, deve observar sua dimensão ambiental.

Albuquerque observa que “O conjunto normativo calcado numa compreensão holística da natureza pode significar uma política ambiental mais eficiente tanto no plano político, quando no jurídico.”<sup>154</sup> Nessa perspectiva, Antônio Augusto Cançado Trindade refere que:

O desenvolvimento sustentável implica um novo conceito a abranger não só o crescimento econômico, mas também o provimento de justiça e oportunidades para todos; o crescimento assim entendido passa a ser um imperativo (ao invés de uma opção), o objetivo primordial sendo a proteção da vida humana e das opções humanas, e a proteção ambiental um meio para promover o desenvolvimento humano.<sup>155</sup>

Um estudo que analisou os últimos 50 anos comprovou que há uma implacável vinculação entre liberdade econômica e eliminação da pobreza, a promoção do desenvolvimento humano, o crescimento econômico, a proteção do meio ambiente, a promoção de valores sociais positivos como a democracia, a dignidade, o combate à coerção de regimes totalitários, a liberdade de expressão, entre outros.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> ALBUQUERQUE, **Propriedade, posse e meio ambiente**: uma ponderação, p. 87.

<sup>154</sup> ALBUQUERQUE, **Propriedade, posse e meio ambiente**: uma ponderação, p. 87-88.

<sup>155</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente**: Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1993, p. 110-111.

<sup>156</sup> FERREIRA NETTO, Adyr Garcia; BASSOLI, Marlene Kempfer. Livre iniciativa: Síntese filosófica, econômica e jurídica. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 4, n. 1, p. 155-172, Jan/Abril 2009, p. 164.

#### 4 ANÁLISE DE DISCURSO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO USO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

No pós-positivismo, a decisão jurídica não abrange uma mera aplicação do direito previamente existente, outrossim não envolve tão-somente uma questão de interpretação. A decisão, hodiernamente, deve levar também em consideração as condições sociais do caso *in concreto*. Nesse sentido, Rafael Simioni<sup>157</sup> afirma que:

A decisão jurídica pode deixar de ser entendida somente como uma ação que faz algo – que aplica a lei ou que realiza o direito – ou como uma escolha entre alternativas ou possibilidades de decisão – que planeja ou que constitui o direito para os casos concretos. Mais do que uma ação ou uma escolha, a decisão jurídica é uma forma de observação. [...] Observar a decisão jurídica como uma forma de observação significa observar as distinções que ela supõe presentes na situação concreta. Significa observar observações, significa entender que todas as recomendações das teorias pós-positivistas da decisão jurídica são suplementos introduzidos criativamente no campo de observações da decisão e que as atuais disputas entre procedimentalistas, substancialistas e pragmatistas também exigem, paradoxalmente, uma decisão.

Acerca dos métodos e procedimentos aprimorados pelas teorias da interpretação e da argumentação jurídica, Simioni<sup>158</sup> refere que:

Podem continuar a procurar sempre um alto grau de objetividade e racionalidade na decisão jurídica. Podem também isolar a vontade subjetiva e arbitrária do sujeito da decisão mediante métodos objetivos, quanto compartilhar procedimentalmente essa vontade subjetiva e arbitrária com a intersubjetividade de todos os possíveis afetados pela decisão. Mas o fato é que a decisão continua sendo entendida como uma escolha entre alternativas de ação. A escolha pode ser mais ou menos previsível – e portanto segura – ou pode ser mais ou menos aceita pela sociedade – e portanto legítima. O ideal é que ela seja ao mesmo tempo segura e legítima.

Simioni ainda menciona que “Equilibrar a segurança da aplicação correta do direito positivo com a legitimidade social dos seus fundamentos e resultados práticos passou a constituir a escolha correta que as decisões jurídicas devem realizar.”<sup>159</sup>

O dissenso encontra-se nos métodos e procedimentos ofertados para estabelecer essa escolha. Alexy estabelece uma graduação de valores, por meio da técnica da ponderação. E,

<sup>157</sup> SIMIONI, Rafael. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do Direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86.

<sup>158</sup> SIMIONI, O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do Direito na sociedade contemporânea**, p. 88.

<sup>159</sup> SIMIONI, idem.

para que o discurso jurídico possa ser considerado racional, essa argumentação deve atender a uma gama de exigências essenciais. Dentre estes pré-requisitos, um se destaca, qual seja, a pretensão de universalidade. Com relação a essa *pretensão de universalidade*, Ana Paula de Barcellos menciona que:

[...] quer-se significar, na verdade, duas necessidades distintas: uma relacionada com a argumentação jurídica propriamente dita e outra com a decisão final do intérprete. Em primeiro lugar, espera-se do intérprete jurídico que ele empregue uma argumentação universal, assim entendida aquela aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual ela está inserida e racionalmente compreensível por todos.<sup>160</sup>

[...] O segundo sentido da pretensão da universalidade envolve a decisão formulada pelo intérprete e pode ser descrita de forma simples. A solução a que chega o intérprete deve poder ser generalizada para todas as situações semelhantes ou equiparáveis, e, para isso, deve ser submetida ao teste da universalização: é possível e adequado aplicar a decisão a que se chegou a todos os casos similares? [...] Vale dizer: além de empregar argumentos que possam transitar livremente no espaço público, e que façam sentido para todos os indivíduos independentemente de suas convicções individuais, a decisão proposta ao fim da ponderação deve poder ser validamente universalizada para os demais casos equiparáveis.<sup>161</sup>

Importante destacar que, antes mesmo da análise do uso da técnica da ponderação nas jurisprudências ora selecionadas, há essenciais passos a serem atendidos, como por exemplo, a verificação da existência de uma aparente colisão, além da averiguação das máximas parciais que compõem a proporcionalidade.

Nessa perspectiva, analisar-se-á a técnica da ponderação adotada como metodologia de decisão em selecionadas jurisprudências nacionais. Temos, essencialmente, o objetivo de constatar se há racionalidade nas decisões, ou simplesmente uma (re)produção de discurso, onde utiliza-se a significância “ponderação” e, portanto, corroborando com a crítica muito desenvolvida pela doutrina nacional acerca do voluntarismo e arbitrariedade nessas decisões, ou seja, tem-se, por objetivo verificar, nas decisões selecionadas, se o princípio da proporcionalidade, especificamente no que diz respeito à ponderação, corresponde à teoria proposta por Alexy, que ora utilizou-se como marco teórico.

Frisa-se que, na França, em meados do anos 60, Michel Pêcheux (1938-1983) propôs a Teoria da Análise de Discurso. A respeito disso, Luciana Leão<sup>162</sup> menciona que:

<sup>160</sup> BARCELLOS, Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, p. 126.

<sup>161</sup> BARCELLOS, idem, p. 130-132.

<sup>162</sup> BRASIL, Luciana Leão. **Michel Pêcheux e a Teoria da Análise de Discurso**: Desdobramentos importantes para a compreensão de uma tipologia discursiva. Disponível em: <<https://revistas.ufg.br/lep/article/viewFile/32465/17293>>. Acesso em: 10 nov. 2016, p.172.



A análise de discurso surge, então, com a discussão de questões que advogam contra o formalismo hermético da linguagem, questionando a negação da exterioridade. A linguagem não é mais concebida como apenas um sistema de regras formais com os estudos discursivos. A linguagem é pensada em sua prática, atribuindo valor ao trabalho com o simbólico, com a divisão política dos sentidos, visto que o sentido é movente e instável.

Assim, o elemento de apreciação deixa de ser a frase e passa a ser o discurso. Pêcheux apropria-se da noção de que, na análise de discurso, o sujeito é o resultado da relação existente entre história e ideologia, constituindo-se na sua relação com o outro.<sup>163</sup>

A teoria de Alexy é aqui utilizada como marco teórico para a análise crítica do uso da técnica da ponderação pelos egrégios Tribunais, quando da colisão do direito fundamental ao meio ambiente com o direito fundamental à propriedade e do primeiro com o direito fundamental à livre iniciativa. Para tanto, adotar-se-á a metodologia indutiva/analítica, com análise de discurso jurisprudencial, partindo-se das seguintes categorias de pesquisa: “direito fundamental ao meio ambiente em colisão com o direito fundamental à propriedade” e “direito fundamental ao meio ambiente em colisão com o direito fundamental à livre iniciativa”. E das subcategorias de pesquisa: “colisão”; “ponderação”; “adequação” e “necessidade”. Partiu-se da Constituição Federal de 1988 como marco temporal para a pesquisa.

#### 4.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EM COLISÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE

Os princípios da propriedade e do meio ambiente confrontam-se em razão do modelo econômico capitalista hodierno que busca, fundamentalmente, o crescimento econômico e garantias individualistas. De um lado, temos a propriedade e, de outro, o meio ambiente. Desse modo, em nosso ordenamento jurídico, encontram-se esses direitos consecutivamente em situações de conflito. Assim, no presente capítulo, analisar-se-ão jurisprudências que trazem como método decisório a ponderação nos casos de colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à propriedade.

A primeira decisão a ser analisada refere-se a uma Apelação Cível nº 2013.073609-5, decida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ/SC). Seguindo o estudo, apreciar-se-á o Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000 julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (TJ/AL). Analisar-se-á acórdão de Agravo de Instrumento de

---

<sup>163</sup> BRASIL, Luciana Leão. **Michel Pêcheux e a Teoria da Análise de Discurso**, p. 174.

nº 70052458874 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS). Finalmente, decompor-se-á a Apelação Cível nº 70018231142 julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

#### 4.1.1 Apelação Cível nº 2013.073609-5 julgada pelo TJ/SC<sup>164</sup>

O aresto diz respeito à Apelação Civil, com relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, interposta pelo Ministério Público contra sentença de Ação Civil Pública interposta contra a Igreja Betel Pentecostal. O douto representante do Ministério Público sustentou pela reforma da decisão no intento de determinar que a demandada procedesse com a recuperação da área de preservação permanente (30 metros), além de que se abstinhasse de edificar ou utilizar a área de preservação permanente (APP), bem como pela demolição de toda e qualquer obra – incluindo a já existente – situadas nas margens do Rio Criciúma.

Após voto do relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, a Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

O acórdão versa sobre pedido de demolição de propriedade por construção irregular em APP, na encosta do Rio Criciúma. Há manifesto conflito entre o direito fundamental à propriedade e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tanto o é, que há, no discurso do relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, a conformação da colisão entre os direitos já citados. Eis suas palavras:

<sup>164</sup> BRASIL. TJ/SC, **Apelação Cível nº 2013.073609-5**. Relator(a): Des. Sérgio Roberto Baasch, julgado em 02 de Julho de 2014. Disponível em:

<Luzhttp://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000Q4YC0000&nuSeqProcessoMv=nul l&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7017830&pdf=true>. Acesso em: 17 nov. 2016. EMENTA: AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA URBANIZADA. EDIFICAÇÃO, ADEMAIS, CONSTRUÍDA NO MESMO LOCAL DE OUTRA PREEEXISTENTE. INEXISTENCIA DE DESMATAMENTO OU SUPRESSÃO DE MATA CILIAR. INCIDÊNCIA, NO CASO, DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

- “Considerado o conflito reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d’água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela, em atenção a cada caso concreto” (TJSC - Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.047389-4, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 7.11.2013) [...] (Apelação Cível em Mandado de Segurança 2013.047203-6, Rel. Des. João Henrique Blasi, de Joinville, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 04/02/2014).

- “A organização de áreas urbanas deve seguir regras próprias e adequadas à realidade urbana, o que, muitas vezes, no que concerne à proteção ao meio ambiente, serão distintas daquelas normas aplicáveis ao meio rural. Desse modo, urge a flexibilização da tutela dos recursos naturais nas cidades, de modo a conciliá-la com o crescimento econômico e com o interesse social.”

Destarte, num juízo de **ponderação**, no enfoque do caso concreto, em que **conflitam** o direito do administrado em gozar e fruir do seu **direito de propriedade**, e o direito urbanístico que é um direito coletivo, notadamente no que tange ao **direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio** [...]. [grifos nossos].<sup>165</sup>

Diante da colisão entre os direitos no caso concreto, é cabível a aplicação da técnica da ponderação, como meio de resolução do conflito. Como se exporá a seguir, o relator, em sua decisão, considerou os aspectos jurídicos e fáticos do caso concreto, para realizar o devido sopesamento dos dois princípios colidentes. Apesar de o julgador não atender, em sua fundamentação, às máximas parciais da adequação e da necessidade, considerou-se que a ponderação realizada, nesse caso, atendeu às etapas da técnica, quais sejam, a identificação dos enunciados normativos, que encontram-se em colisão, a apuração dos aspectos relevantes e sua repercussão para o caso e, por fim, sua decisão.

Além disso, o magistrado avaliou o grau de afetação de um dos princípios, que é a propriedade, a importância de satisfação do princípio colidente – o meio ambiente ecologicamente equilibrado, corroborando, ao final acerca da importância da satisfação do direito ao meio ambiente, o que justificaria as medidas restritivas à propriedade – Igreja Betel Pentecostal. Entretanto, antes de adentrar na análise específica da técnica da ponderação usada no aresto ora observado, imprescindível considerar as máximas parciais da proporcionalidade precedentes à ponderação, quais sejam: o teste da adequação e da necessidade da medida – demolição da propriedade em APP.

A adequação exige que o meio leve à realização de um fim específico, havendo uma relação empírica entre o meio e o fim. O aplicador vai se utilizar de um meio que colabore diretamente para a realização de forma gradual do fim. O teste da adequação permite observar se o meio é apto para fomentar o fim pretendido. No caso, a demolição da propriedade em APP não é adequada para proteger o meio ambiente, ou para recuperar a APP. A própria demolição da Igreja agravaria o dano ambiental. Isso ficou constatado na descrição de laudo pericial, a seguir:

É possível afirmar que com a demolição da Igreja Requerida o Rio Criciúma será recuperado? Não. Com a demolição da Igreja o Rio Criciúma ainda receberá inúmeras contribuições de carga orgânica poluidora, resíduos industriais, lixiviação devido à erosão das margens pelo desmatamento, tanto a montante como a jusante do ponto onde é objeto da ação.<sup>166</sup>

<sup>165</sup> BRASIL. TJ/SC, **Apelação Cível nº 2013.073609-5**. Relator(a): Des. Sérgio Roberto Baasch, julgado em 02 de Julho de 2014, p. 05.

<sup>166</sup> BRASIL. TJ/SC, **Apelação Cível nº 2013.073609-5**, p. 04.

A medida de demolição da igreja não conduziria a efetivação do fim que é a proteção ao meio ambiente no local e, por esse motivo, poderia ser considerada um meio inadequado a fomentar o direito fundamental ao meio ambiente. A demolição não recuperaria a mata ciliar já desbastada do local, nem resolveria a poluição do rio. Ao concluir pela inadequação da demolição, seria resolvido o *hard case*, ora avaliado, já no teste da adequação, porém, como o julgador considerou a ponderação como metodologia decisória, seguir-se-á com análise das máximas parciais imediatas à adequação – necessidade e ponderação.

Acerca do teste da necessidade, pode-se dizer que ele exige que, dentre dois ou mais meios igualmente adequados, seja escolhido aquele que intervenha menos, ou seja, supondo que, no caso, a demolição fosse admitida como meio adequado para fomentar a defesa do meio ambiente, se conduziria para a análise da necessidade dessa medida.

Existiriam diversos outros meios igualmente adequados para promover o meio ambiente, mas que não interviesses tão intensamente no direito fundamental à propriedade do requerido. Nessa perspectiva, em voto do relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, cita-se outro trecho do laudo pericial que afirma que “A degradação ambiental no local, ou seja, a supressão de vegetação em APP, poluição do recurso hídrico, são decorrentes de diversas ocupações irregulares, atividades industriais e mineração de carvão, ao longo do Rio, e não somente pela construção do imóvel do requerido.”<sup>167</sup>

Todos esses aspectos corroboram no sentido de não ser necessária a demolição da Igreja, como forma de garantir a proteção da área de preservação permanente. Desse modo, poderia ser resolvido o caso já com o teste da necessidade. Contudo, não foi o que o julgador praticou em seu voto, que partiu diretamente para o teste da ponderação, a terceira máxima parcial da proporcionalidade. Ante tal verificação, analisar-se-á o uso da ponderação pelo julgador no aresto em questão.

Importante para essa pesquisa é a análise da ponderação usada no aresto, com base na lei do sopesamento, de Alexy, ou seja, a lei que refere que quanto maior for o grau de intervenção que sofre um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro.<sup>168</sup> O direito fundamental ao meio ambiente, por ser um direito metaindividual, gera direitos e deveres a toda a coletividade e ao Poder Público. O proprietário de um bem, também possui direitos e deveres que devem ser atendidos, com base nas dimensões da

---

<sup>167</sup> BRASIL. TJ/SC, **Apelação Cível nº 2013.073609-5**, p. 04.

<sup>168</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 167.

função social da propriedade: social, econômica e ambiental. Desse modo, muitos são os casos de conflitos entre esses dois direitos fundamentais.

O sopesamento realizado na jurisprudência, ora analisada, demonstra que a máxima parcial fora aplicada, como já exposto, sem o atendimento das máximas parciais antecessoras. Há uma relação de subsidiariedade nos testes parciais da proporcionalidade. O julgador, no acórdão, optou pela aplicação direta da ponderação, para solucionar a tensão entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito à propriedade.

O relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz extrai ensinamentos sobre a ponderação de doutrinas alegando que, no caso, a exigência do Ministério Público se revelou em desconhecimento com o princípio da proporcionalidade e com o princípio da razoabilidade. Prescreve ensinamento de Luiz Roberto Barroso, corroborando no sentido de que a ponderação é uma técnica utilizada nos casos em que haja colisão entre princípios de difícil solução. Refere que a interpretação constitucional assenta-se em uma teoria de princípios, aplicada por meio da ponderação. O intérprete deve proceder com a interação entre os fatos e a norma, fundamentando sua decisão, conforme as condições do caso concreto.<sup>169</sup>

O desembargador usa as significâncias “ponderação” e “colisão”, e cita a “proporcionalidade” e a “razoabilidade”. Entende-se que tais significâncias utilizadas no acórdão vão contra a prática do julgador, ao não proceder com a devida análise das três máximas parciais da proporcionalidade em sentido amplo. Impende ressaltar que, mais uma vez, depara-se com a confusão da “proporcionalidade” com a “razoabilidade” como sinônimos de sopesamento, o que somente confirma o equivocado uso da ponderação, com base na teoria dos princípios de Alexy (2008).

Entretanto, ante todas as considerações acima expostas, destaca-se que o relator, na sua decisão – ao “ponderar” o caso –, considerou todas as normas e situações fáticas relativas ao caso concreto. Com o exemplo disso, o mesmo pormenorizou a Lei do Zoneamento de Uso do Solo do Município de Criciúma (lei nº 3.900/99) e suas alterações (lei nº 4.461/02), além de considerar as imagens apresentadas pelo perito da área em questão. O discurso, nesse sentido, demonstra um atendimento à segunda etapa da ponderação, qual seja, da identificação dos fatos relevantes ao caso concreto.

A qualificação dos fatos relevantes foi realizada pelo desembargador ao citar, em sua decisão, importantes trechos do laudo pericial técnico sobre o caso, além de anexar o entendimento jurisprudencial sobre a aplicabilidade da proporcionalidade e da razoabilidade

---

<sup>169</sup> BRASIL. TJ/SC, **Apelação Cível nº 2013.073609-5**, p. 05.

nos casos de edificações em APP, e da medida restritiva da propriedade, no sentido de exigir-se a demolição do imóvel.<sup>170</sup>

Sobre o dano ocasionado pela edificação irregular, o julgador refere que, por já haver uma construção anterior, demonstra-se que não houve desmatamento ou supressão para a construção da nova igreja. Portanto, dessa propriedade não decorreu dano ambiental. Além do fato de que o dano ambiental, ao longo do Rio Criciúma, seria decorrente de inúmeras ocupações irregulares, de atividades industriais e de mineração de carvão.<sup>171</sup>

Diante de tais constatações, o relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz decidiu pela prevalência do direito à propriedade, por entender que o grau de não satisfação do direito à propriedade, a restrição desse direito – com a demolição da igreja – seria muito maior do que a importância da satisfação do direito fundamental ao meio ambiente – à preservação e recuperação da APP.

Desse modo, compreendeu-se que, no julgado, considerou-se que o grau de afetação do direito à propriedade, que seria intenso – com a demolição da propriedade –, não justificaria a importância da satisfação do direito fundamental ao meio ambiente, no caso em análise.

#### **4.1.2 Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000 julgado pelo TJ/AL**

O Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000 julgado pelo TJ/AL<sup>172</sup> foi interposto por construtora, contra decisão em sede de Ação de Nunciação de Obra Nova, que deferiu liminarmente o embargo de obra de propriedade da empresa agravante. Tratava-se a

---

<sup>170</sup> BRASIL. TJ/SC, **Apelação Cível nº 2013.073609-5**. Relator(a): Des. Sérgio Roberto Baasch, julgado em 02 de Julho de 2014, p. 05-08.

<sup>171</sup> BRASIL. TJ/SC, **Apelação Cível nº 2013.073609-5**, p. 04.

<sup>172</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, Relator(a): Des. Elizabeth Carvalho Nascimento, julgado em 28 de Agosto de 2014. Disponível em: <<http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137113799/agravo-de-instrumento-ai-8012459420148020000-al-0801245-9420148020000/inteiro-teor-137113809?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 23 maio 2016. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SOLUÇÃO DO CONFLITO RESOLVIDO PELA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES AVALIADOS EM RELAÇÃO AO CASO CONCRETO. SOLUÇÃO QUE DEVE PAUTAR-SE EM NÃO ELIMINAR TOTALMENTE O DIREITO QUE NÃO PREVALECERÁ. DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E AO DIREITO DE PROPRIEDADE, EM COLISÃO COM O DIREITO À PROPRIEDADE, AO TRABALHO E LIVRE INICIATIVA. PREPONDERÂNCIA DO SEGUNDO GRUPO NO CASO CONCRETO ANALISADO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM O ALEGADO E NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. SITUAÇÃO A SER SOLUCIONADA NO DECORRER DA INSTRUÇÃO DO FEITO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

obra de esgotamento sanitário, e os moradores da área alegaram que houve corte de barreira e destruição de vegetação. Essas razões ocasionaram dano ambiental.

O agravado (Município de Maceió), em ação de Nunciação de Obra Nova, declarou que a construtora estaria realizando obra em área que qualquer movimentação de terra representaria um risco às edificações do Condomínio localizadas acima da terra, além de prejudicar e inviabilizar o direito à moradia da coletividade. A construtora afirmou, no agravo de instrumento, ora analisado, que os projetos, bem como toda a realização da obra, foram devidamente autorizados pelos entes públicos, além de possuir termo de autorização e urbanização para a continuidade da construção.

Com o embargo da obra, a empresa alegou suportar prejuízos econômicos imensuráveis, além de prejuízo aos proprietários adquirentes dos imóveis. Por esses motivos, requereu a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, a revogação ou o cancelamento da medida que restringiu os direitos à propriedade e à livre iniciativa dos adquirentes e da empresa, respectivamente.

A relatora Des. Elizabeth Carvalho Nascimento recebeu o agravo de instrumento, contudo sem conceder o efeito suspensivo postulado.

O magistrado *ad quo* liminarmente embargou a obra da construtora, impedindo que a mesma prosseguisse com os trabalhos iniciados na época. A empresa agravante mencionou que, com a paralização da obra, haveria possibilidade de dano de difícil reparação, uma vez que não entregaria no prazo o empreendimento aos seus adquirentes.

A empresa alegou que possuía toda a documentação necessária e autorização emitida por agentes responsáveis para a realização do “esgotamento sanitário”. Entretanto, a desembargadora, ao analisar tais alegações, considerou a documentação apresentada como sendo insuficiente para a realização do empreendimento, concordando com a decisão do juiz *ad quo*. Nesse sentido, a relatora refere que:

Ademais, no alvará de licença da obra, juntado pelo agravante (fls. 48), não há especificação de autorização para a construção do denominado “esgotamento sanitário”, sendo assim, analisando a causa sob os auspícios da razoabilidade e proporcionalidade, por cautela, o caso necessita de adequada instrução probatória para que haja a liberação da continuidade da obra, que envolve questões de cunho técnico específico que devem ser adequadamente analisados por perito no assunto, tendo em vista que caso sejam mal executadas, podem por em risco a integridade física dos moradores da associação agravada e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado do local.<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 07.

A desembargadora confirmou o caso como sendo uma colisão entre direitos fundamentais, quais sejam: de um lado o direito fundamental ao meio ambiente e à propriedade e, de outro, o direito fundamental à propriedade e à livre iniciativa. Constatou-se conflito no seu discurso, conforme abaixo:

Nesse sentido, a questão não se reduz apenas à mera análise de documentos, pois além de ser necessária a realização de estudo que ateste especificamente a viabilidade da obra e à inexistência de riscos às construções do condomínio em espeque; há ainda a colisão entre os direitos fundamentais, quais sejam, a propriedade privada e o meio ambiente de um lado e a propriedade privada e a livre iniciativa do outro.<sup>174</sup>

Desse modo, as significâncias “colisão”, “direitos fundamentais”, “propriedade”, “meio ambiente” e “livre iniciativa” corroboram no sentido de configurar-se o caso como um embate entre princípios e, segundo a teoria de Alexy, passível de ponderação. Sob essa perspectiva, a desembargadora esclarece o porquê da configuração de um conflito entre direitos fundamentais, além de fundamentar, em sua decisão, as especificações do direito fundamental ao meio ambiente, e que a proteção desse direito incluiria o atendimento à função social da propriedade, além de ser observado pelo princípio da ordem econômica.<sup>175</sup>

Em verdade, há evidente caso de colisão entre princípios. De um lado, há o risco de dano ambiental e aos moradores de preservarem suas propriedades e, de outro, o direito à propriedade privada e à livre iniciativa que, com o embargo da obra, acarretaria sérios danos econômicos para empresa e seus empregados, além de inviabilizar a entrega das unidades habitacionais aos seus adquirentes.<sup>176</sup>

Portanto, verificado um dos requisitos para a prática da ponderação, a colisão de direitos fundamentais, a seguir, proceder-se-á com a análise da ponderação utilizada no aresto ora observado. Sobre a aplicação da técnica decisória da ponderação, a relatora menciona que “Em situações como as tais, as técnicas de solução de conflitos tradicionais de normas jurídicas não são suficientes para solucionar os que envolvem direitos fundamentais e os valores que eles representam.”<sup>177</sup> Nessa perspectiva, a relatora cita doutrinador:

Conforme demonstra Marmelstein:

‘A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o

<sup>174</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 07.

<sup>175</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 08.

<sup>176</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 08.

<sup>177</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 08-09.



que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.’ [MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 386].<sup>178</sup>

Entendeu-se, no julgado, que, para a solução da lide, seria essencial a prática da técnica da ponderação de valores. Entretanto, antes de adentrar-se à análise de discurso da máxima parcial do sopesamento, utilizado no presente aresto, decompor-se-ão as máximas parciais – da proporcionalidade em sentido amplo – prévias àquele (sopesamento).

A adequação da medida diria respeito – caso tivesse sido aplicada no julgado – à fomentar, na máxima medida possível, os direitos fundamentais ao meio ambiente e à propriedade dos moradores, em detrimento dos direitos fundamentais colidentes da propriedade e da livre iniciativa da empresa.

O tribunal baseou-se nos “auspícios da razoabilidade e da proporcionalidade”, entendendo que, por cautela, não poderia ser concedida liberação da obra, sem antes haver a devida análise técnica e a adequada instrução probatória pelo juízo *ad quo*. Isso se deu pela razão de o caso envolver risco à integridade física dos moradores da associação agravada e ao meio ambiente do local.

Concluiu o julgado que a questão não se reduz à mera análise de documentação, isso porque haveria a necessidade de aprofundamento em estudo o qual atestaria, ou não, a viabilidade da obra e, desse modo, a inexistência de danos aos moradores e ao meio ambiente. Segundo o tribunal, há um evidente caso de colisão entre os direitos fundamentais da propriedade, do meio ambiente e da livre iniciativa. Com base nos requisitos para a ponderação, procedeu-se com a conformação de um conflito entre direitos fundamentais e houve a apuração dos fatos relevantes e sua repercussão ao caso concreto, disponíveis até o momento da *decisum*.

Para a solução do aresto, o tribunal entendeu ser essencial a realização de um “juízo de ponderação de interesses”, avaliando o caso concreto, para que pudesse dar predominância a um princípio em detrimento de outro, de forma a não eliminar inteiramente o direito que não preponderou.<sup>179</sup>

Ao proceder com a ponderação dos direitos em colisão, a desembargadora entendeu que a continuidade da obra não poderia ser deferida imediatamente, uma vez que isso possibilitaria perigo iminente à integridade física dos moradores e ao meio ambiente. Não

---

<sup>178</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 09.

<sup>179</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 09.

considerou-se garantir totalmente o direito à livre iniciativa e à propriedade do agravante, pois isso contribuiria para a produção do risco de “aniquilar os outros direitos”.<sup>180</sup>

Na época do aresto, entendeu-se que a apuração do dano ambiental ainda estaria sendo avaliado pelo juízo *ad quo*, bem como a regularidade da obra. Segundo a relatora, “qualquer medida imediatista que importe a continuidade de obra torna-se como precipitada.”<sup>181</sup>

O tribunal, ao não verificar a inequívoca regularidade da obra, muito menos a ausência de riscos ambientais e de danos às moradias existentes, ponderou no sentido de dar prevalência ao direito ambiental e à propriedade dos moradores do condomínio em questão, em detrimento dos direitos fundamentais da propriedade e à livre iniciativa do agravante. Nesse sentido, ao agravo de instrumento, fora negado provimento.<sup>182</sup>

#### 4.1.3 Agravo de Instrumento de nº 70052458874 julgado pelo TJ/RS<sup>183</sup>

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto nos autos da Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público, em face de decisão que deferiu antecipação de tutela, que determinou o seguinte:

[...] o réu que se abstenha de construir, reformar ou ampliar a casa localizada na Área de Preservação Permanente, bem como se abstenha de ocupar a residência em qualquer período, mesmo no veraneio, finais de semana ou feriados, sob pena de multa diária equivalente a R\$1.000,00.<sup>184</sup>

O agravante alegou que a decisão violaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porquanto não foi considerado o fato de que se trata de pescador

<sup>180</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 09.

<sup>181</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 10.

<sup>182</sup> BRASIL. TJ/AL, **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, p. 10.

<sup>183</sup> BRASIL. TJ/RS, **Agravo de Instrumento nº 70052458874**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): Des. Arno Werlang, julgado em 14 de Agosto de 2013. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70052458874&num\\_processo=70052458874&codEmenta=5399718&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70052458874&num_processo=70052458874&codEmenta=5399718&temIntTeor=true)>. Acesso em: 12 nov. 2016. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROIBIÇÃO DE CONSTRUIR, REFORMAR OU AMPLIAR CASA LOCALIZADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CABIMENTO. PROIBIÇÃO DE OCUPAÇÃO EM QUALQUER PERÍODO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO DOS VALORES EM CONFRONTO, PARA QUE NÃO SEJAM DESDE LOGO RECHAÇADOS OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO DIREITO À MORADIA DIGNA E AO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

<sup>184</sup> BRASIL. TJ/RS, **Agravo de Instrumento nº 70052458874**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): Des. Arno Werlang, julgado em 14 de Agosto de 2013, p. 02.

profissional que exerce sua atividade há mais de 25 anos no local. Foi requerida a agregação do efeito suspensivo ao recurso como forma de afastar a proibição de ocupação do imóvel em qualquer período.

Importa salientar que foi determinado efeito suspensivo da decisão recorrida. O relator deu parcial provimento ao agravo de instrumento, sendo acompanhado pelos demais julgadores.

Primeiramente, importante traçar uma distinção entre as duas medidas restritivas do direito à propriedade, no caso em análise: há, de um lado, a proibição de construir, reformar e ampliar a propriedade; e, de outro, a coibição de ocupação do imóvel, por período indefinido. Há, na decisão, dois tratamentos distintos a cada uma dessas medidas restritivas ao direito à propriedade.

Já no início da análise, constataram-se notas da proporcionalidade no aresto, mesmo que entre linhas. Há manifesto caso de colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à propriedade. Colisão essa resultante das medidas restritivas acima descritas.

Acerca das significâncias “moradia” e “livre exercício de atividade profissional”, utilizadas pelo julgador, presumiu-se que o mesmo as colocou em seu discurso como forma de corroborar com o direito fundamental à propriedade, propriedade essa utilizada para o ofício de pescador. O próprio relator, neste sentido, referiu que:

[...] carece verossimilhança a alegação do autor agravado **com relação à proibição de ocupação do imóvel** em qualquer período, pelo menos neste momento processual, antes de averiguada a ocorrência de degradação ambiental decorrente de tal situação. Isso porque não podem ser ignorados os documentos trazidos pelo agravante (fls.38/64) que, em princípio, comprovam o exercício da atividade de pescador (que não é objeto da ação) e, por consequência, a **necessidade de ocupar o imóvel para manutenção desta atividade e garantia de sua subsistência e de sua família.** [grifos nossos].<sup>185</sup>

O relator mencionou que, “[...] no ponto, devem ser sopesados os valores em confronto, para que não sejam desde logo rechaçados os primados constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito de todos à moradia digna e ao livre exercício de atividade profissional”.<sup>186</sup> Desse modo, resta evidente como sendo um caso de colisão entre princípios (meio ambiente e propriedade).

---

<sup>185</sup> BRASIL. TJ/RS, **Agravo de Instrumento nº 70052458874**, p. 03-04.

<sup>186</sup> BRASIL. TJ/RS, **Agravo de Instrumento nº 70052458874**, p. 04.

Acerca das medidas restritivas da proibição de “construir, reformar ou ampliar o imóvel”, o relator manifestou-se no sentido de que, realmente, o imóvel em questão fora edificado em APP sem as devidas licenças municipal e ambiental, e que, por esse motivo, o deferimento da medida antecipatória seria cabível, com fulcro na norma constitucional do art. 225, das leis nº 12.651/12, nº 6.938/81 e das resoluções nº 3302 e nº 303, do CONAMA, que disciplinam a proteção do meio ambiente e das áreas de preservação permanente.

Sob essa perspectiva, o desembargador relator referiu que as medidas proibitivas de construir, reformar ou ampliar o imóvel do agravante seriam aptas para garantir a preservação do meio ambiente. Entende-se, do referido discurso, que o proprietário, ao reformar ou ampliar sua propriedade, poderia contribuir para o agravamento dos danos ambientais. Desse modo, com base no teste da adequação, o relator Des. Arno Werlang considerou, mesmo que de forma implícita, as referidas medidas restritivas como sendo adequadas para otimizar e fomentar a proteção ambiental.

A adequação foi aplicada pelo julgador de forma implícita e não literal. Ao analisar a adequação da medida restritiva de construir, reformar ou ampliar a propriedade, a questão procede aos testes subsequentes, sob atenção ao princípio da proporcionalidade. Com relação específica à medida proibitiva de “ocupação do imóvel” pelo proprietário, o fato é que a adequação e o teste da necessidade não foram analisadas pelo julgador antes da ponderação.

Se fosse submetida tal medida à primeira máxima parcial da proporcionalidade – a adequação –, provavelmente o julgador consideraria a medida de proibição de ocupação do imóvel pelo seu dono, como sendo uma medida inadequada para fomentar a proteção ao meio ambiente. Seria resolvida a questão com o teste da adequação, não sendo imperativo ao julgador a aplicação dos testes da necessidade e da ponderação, subsequentes àquela.

O fato é que o intérprete, ao julgar a colisão, não procedeu com análise da máxima parcial da adequação. Entretanto, avaliar-se-á a decisão como se a adequação tivesse sido procedida. Assim, hipoteticamente, será qualificada a medida como sendo adequada e partir-se-á para a análise da necessidade da medida de coibição de ocupação da propriedade.

Considera-se que, ao coibir o proprietário que ocupe seu imóvel, seria medida desnecessária para fomentar o direito fundamental ao meio ambiente. Há outras medidas, igualmente adequadas – como exemplo, a proibição de construção, reforma e ampliação do imóvel –, e que não interfeririam, em tão alto grau, no direito à propriedade do agravante. Portanto, considera-se a proibição de ocupação do imóvel, como sendo uma medida desnecessária, portanto, desproporcional.

Fato é que não houve o teste da adequação e da necessidade na decisão. O relator ponderou a medida restritiva de proibição de ocupação do imóvel pelo proprietário. Outrossim, avaliou a restrição diretamente através da terceira máxima parcial da proporcionalidade, qual seja, a ponderação.

A ponderação surge no voto do relator Des. Arno Werlang, sob a significância “sopesados”<sup>187</sup>, e foi literalmente apontada na ementa do aresto. Do esmiuçamento da decisão deparou-se, mais uma vez, com uso da ponderação de forma banal, tanto pelos motivos descritos acima – em relação à proporcionalidade em sentido amplo –, quanto pelo não cumprimento das etapas do sopesamento. A ponderação foi procedida de forma indevida pelo julgador.

Entende-se que, apesar de o relator constatar a evidente colisão entre direitos fundamentais e de expressamente afirmar que “Assim, no ponto, devem ser sopesados os valores em confronto [...]”<sup>188</sup>, o julgador não analisou os enunciados em colisão, além de não apurar os aspectos relevantes e a repercussão disso para o caso concreto. Deparamo-nos com o uso indevido da técnica da ponderação. Há apenas a menção da palavra no discurso analisado e, no sentido de “avaliação”, de uma “averiguação”, que o intérprete mesmo não fez.

A lei do sopesamento, baseada na teoria de Alexy, que determina que quanto maior for a restrição de um direito fundamental, tanto maior deve ser a importância de satisfação do outro, deveria ter sido demonstrada no voto do relator. Considerou-se sua fundamentação vazia, o que confirma o voluntarismo e a (re)produção de discursos, corroborando com as críticas feitas à ponderação. Tratou-se de um sopesamento improvisado, que sequer atendeu às diretrizes da técnica.

#### 4.1.4 Apelação Cível nº 70018231142 julgada pelo TJ/RS

A apelação Cível nº 70018231142 julgada pelo TJ/RS<sup>189</sup> foi interposta contra decisão, que julgou procedente Ação Civil Pública condenando a Companhia de Habitação do Estado

<sup>187</sup> BRASIL. TJ/RS, **Agravo de Instrumento nº 70052458874**, p. 04.

<sup>188</sup> BRASIL. TJ/RS, **Agravo de Instrumento nº 70052458874**, p. 04.

<sup>189</sup> BRASIL. TJ/RS, **Apelação Cível nº 70018231142**, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator(a): Des. Mara Larsen Chechi. Julgado em 30 de Março de 2009. Disponível em:

<[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70018231142&num\\_processo=70018231142&codEmenta=2842065&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70018231142&num_processo=70018231142&codEmenta=2842065&temIntTeor=true)>. Acesso em: 12 nov. 2016. EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PARCELAMENTO URBANO. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO DIREITO DE PROPRIEDADE. INTERESSE PREPONDERANTE. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. A aparente colisão entre princípios constitucionais se resolve por meio da

do RS (COHAB) à instalar rede de esgoto cloacal em determinadas ruas, além de implantar projeto de arborização, conforme previsto em plano específico. Por fim, a companhia foi julgada a fornecer, aos adquirentes dos lotes, comprovação da quitação de suas obrigações.

Em Ação Civil Pública, o Ministério Público requereu a condenação da empresa COHAB, para que a mesma apresentasse os seguintes documentos: certidão de regularidade do loteamento concedida pela Prefeitura Municipal; registro imobiliário fornecido pelo Cartório de Registro de imóveis; e, dentre outros, a licença de operação do loteamento concedida pela Fundação do Estado de Proteção Ambiental (FEPAM), como forma de comprovação de estudo prévio de impacto ambiental.

O douto representante do Ministério Público requereu condenação da empresa para proceder com a devida instalação de redes de água potável, energia elétrica, iluminação pública, esgoto pluvial, esgoto cloacal e de telefonia, além de construção e pavimentação das vias públicas, instalação de calçadas e arborização de todas as ruas.

A empresa contestou alegando, preliminarmente, a ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público para defender direitos individuais disponíveis, relativamente ao pedido de condenação a fornecer certidão do registro imobiliário e as escrituras públicas aos adquirentes dos imóveis. Alegou, ainda, a ilegitimidade da COHAB para figurar no polo passivo da demanda. No mérito, alegou que não seria a loteadora do Vila Kennedy, e que o imóvel passou a ser seu patrimônio em 04/01/1980. A empresa referiu que as áreas verdes seriam de domínio da Municipalidade, pelo fato de a formação do referido loteamento ter sido dado antes mesmo da aquisição da empresa COHAB.

A empresa asseverou que, quando da realização do loteamento em tela, inexistia norma que exigisse estudo prévio de impacto ambiental, pois ainda não estaria em vigor a CF/88, e que a poluição nas áreas verdes ocorreu por conta das invasões irregulares. Por fim, aduziu que realizou todos os projetos atinentes às áreas verdes, como instalação de água potável e reservatório de água, instalação de redes de iluminação pública, energia elétrica, esgoto pluvial e telefonia, abertura das vias públicas e o devido calçamento. Referente ao esgoto cloacal, mencionou que, por não existir uma rede de tratamento de resíduos, foram construídas fossas sépticas em cada residência vendida.

---

regra da proporcionalidade, ditada para operacionalização do princípio da concordância prática – que, concretamente, ponderadas as variáveis em jogo, sinaliza para a proteção do interesse que relaciona juridicamente toda a sociedade a um meio ambiente saudável, em detrimento de outros bens constitucionalmente protegidos. ASTREINTE. PODER PÚBLICO. É cabível a cominação de astreinte, como meio de coerção ao cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa. HIPÓTESE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

As preliminares não foram acolhidas. Procedeu-se com devido laudo pericial, o qual o Ministério Público anuiu e requereu procedência parcial do feito, para fins de condenar a COHAB ao fornecimento das escrituras públicas, a instalação de esgoto cloacal em algumas ruas e a arborização das vias públicas. A ação civil pública foi julgada procedente. Inconformada, a COHAB ingressou como a Apelação cível, a seguir analisada.

Em Apelação Cível, a empresa COHAB arguiu a ilegitimidade ativa do Ministério Público, além de suscitar a sua ilegitimidade passiva para a causa. Sucessivamente, argumentou que a empresa não seria a loteadora da área, conhecida como Vila Kennedy. Alegou que as habitações encontravam-se em perfeita regularidade frente ao Registro de Imóveis. Em apelação, aduziu que, quanto aos serviços necessários à boa habitação no conjunto, competiam ao loteador e, não à COHAB, entidade que apenas executou as obras relativas à construção das unidades habitacionais. Pugnou, também, pelo afastamento da multa diária para o caso de descumprimento da sentença *ad quo*.

Em voto, o relator decidiu pelo não acolhimento das preliminares de ilegitimidade *ad causam* ativa e passiva suscitadas, passando a reexaminar o mérito da questão. Partindo-se especificamente para a análise de discurso do aresto, não se constatou expressamente o termo “colisão” entre direitos fundamentais, no caso, entre o direito à propriedade e o direito ao meio ambiente. Fato é que o julgado referiu sobre as diversas limitações constitucionais ao uso da propriedade, quais sejam, “a função social da propriedade, a proteção ao meio ambiente, o direito à saúde e a política do desenvolvimento urbano.”<sup>190</sup>

Segundo o relator, para o cumprimento dos preceitos constitucionais, o Poder Público estaria autorizado a regulamentar a matéria através de legislação infraconstitucional.<sup>191</sup> Neste contexto, fora editada a lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e a lei nº 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente. Nesta perspectiva, configuraria uma situação aparente de colisão entre os direitos fundamentais da propriedade e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O julgador mencionou que o conjunto normativo, citado em folhas 08 e 09 do aresto, deveria ser “interpretado sistematicamente, em prol da prevalência do sentido da norma constitucional.”

Ao proceder-se com a devida análise, não se constatou, expressamente, o conflito entre direitos fundamentais. Em relação às interferências ao direito de propriedade, constatou-se a condenação à arborização das ruas do loteamento, a realização de obras de esgotamento

---

<sup>190</sup> BRASIL. TJ/RS, **Apelação Cível nº 70018231142**, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator(a): Des. Mara Larsen Chechi. Julgado em 30 de Março de 2009, p. 08.

<sup>191</sup> BRASIL. TJ/RS, **Apelação Cível nº 70018231142**, p. 08.

sanitário, dentre outras medidas que seriam aptas a sanar as irregularidades apontadas em laudo técnico, sob pena de pagamento de astreinte. Evidenciou-se tais medidas como sendo adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, como meio de fomentar a proteção ao meio ambiente.

Compreendeu-se que, da análise de discurso do acórdão, essas obrigações de fazer são adequadas, pois estavam aptas à fomentar o direito ambiental, além de serem medidas necessárias, uma vez que, dentre tantos outros meios igualmente adequados e garantidores do meio ambiente, optou-se pelos menos restritivos ao direito à propriedade da empresa.

O julgado, com relação à imposição de astreinte, referiu que “o valor arbitrado revela-se apto a atingir a finalidade visada, sem que isso importe em violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.”<sup>192</sup> Há, portanto, menção à proporcionalidade em folha 10. O relator não noticiou a devida existência de uma colisão entre direitos fundamentais, entretanto, utilizou-se das acepções “prevalência”, “proporcionalidade”, mesmo que de forma vaga. Todavia, não foi encontrada, no aresto, a devida prática da ponderação, terceira máxima parcial da proporcionalidade.

Na própria ementa, constata-se o uso das expressões “Limitações constitucionais ao direito de propriedade”, “Interesse preponderante” e “proteção do meio ambiente”, entretanto, não há constatação de uma ideal ponderação, ou seja, não se averiguou as etapas da ponderação, quais sejam: a identificação, pelo intérprete, de uma aparente situação de conflito entre direitos fundamentais; a apuração dos aspectos fáticos e normativos relevantes e sua repercussão ao caso concreto; e, finalmente, uma fundamentada decisão.

Além disso, no julgado, não fora avaliado o grau de afetação do direito à propriedade da empresa, nem a importância de satisfação do direito ao meio ambiente, para que, finalmente, o intérprete pudesse avaliar se a importância da satisfação do direito ao meio ambiente justificaria a afetação ao direito à propriedade.

Diante do citado, preponderou o direito fundamental ao meio ambiente, em detrimento do direito à propriedade da empresa COHAB. Com isso, compreendeu-se que o relator considerou que a importância na satisfação do direito ao meio ambiente – com a medida de arborização, de comprovação de licenciamentos ambientais, dentre outras – justificaria uma baixa interferência ao direito à propriedade da empresa.

---

<sup>192</sup> BRASIL. TJ/RS, **Apelação Cível nº 70018231142**, p. 10.



## 4.2 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EM COLISÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA

Analisar-se-ão jurisprudências que trazem como método decisório a ponderação quando da colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito fundamental à livre iniciativa. Ressalta-se que, no nosso ordenamento jurídico, os direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à livre iniciativa constantemente encontram-se em colisão. Nessas situações de conflito, os intérpretes do direito deverão proceder com o teste da proporcionalidade e de suas máximas parciais da adequação, necessidade e da ponderação.

A primeira decisão a ser examinada é a célebre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Posteriormente analisar-se-á acórdão, julgado pelo STF, que trata de Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3540 MC/DF. Em seguida, decompôr-se-á a Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.082253-4, julgado pelo TJ/SC. Finalmente, proceder-se-á com a análise do Mandado de Segurança de nº 2015.00958716-11, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PR).

### 4.2.1 Arguição de Preceito Fundamental nº 101 julgada pelo STF

A Arguição de Preceito Fundamental nº 101 julgada pelo STF<sup>193</sup> foi proposta pela Presidência da República, julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, pelo fato de

---

<sup>193</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 25 de Junho de 2008, DJe 01/06/2012, publicação 04/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 23 maio 2016. EMENTA: ARGUÏÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUÏÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de

inúmeras decisões judiciais proferirem sentenças, as quais permitiam a importação de pneus usados, indo contra o disposto nos artigos 196 e 225 da CF/88. A ADPF motivou-se no resguardo de políticas públicas acerca das garantias do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando, essencialmente, coibir a importação de pneus usados, com fulcro na Portaria 08/1991, do Departamento de Comércio Exterior (DECEX), que proíbe expressamente, em seu art. 27, a importação de bens de consumo usados.

A importação de pneus usados também estaria em desacordo com a Portaria nº 14/2004 da Secretaria do Comércio Exterior (SECEX), apesar de essa portaria estabelecer uma ressalva à regra, permitindo a importação de pneus usados originários de países do Mercosul. No caso em tela, há um conflito entre princípios constitucionais, quais sejam: o

---

Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos 3 pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal *ad hoc*, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente.

direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à livre iniciativa. Restou evidente a colisão, tanto pela ministra relatora, como para esta pesquisa, portanto, há de se falar do emprego da proporcionalidade como técnica mediadora e, portanto, dos testes da adequação, da necessidade e da ponderação.

Impende ressaltar que, apesar da proibição expressa da importação de pneus usados, várias decisões judiciais concederam autorização para isso, incluindo para países não integrantes do Mercosul. Muitas das fundamentações tratavam da ofensa ao princípio da livre iniciativa, da afronta ao princípio da isonomia, visto que o Poder Público estaria autorizando a importação de pneus remoldados apenas para os países do Mercosul. Além disso, fundamentaram as decisões alegando que essas proibições não poderiam ser dadas por meio de ato regulamentar, mas por lei em sentido formal, dentre outras alegações.

A ADPF nº 101 foi julgada parcialmente procedente, em que foram declaradas válidas as normas proibitivas. Além disso, a Min. Cármen Lúcia declarou “inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações [...] que afastavam a aplicação daquelas normas, excluindo desta incidência, os efeitos pretéritos e exauridos das decisões com trânsito em julgado, no que já cumpridos em seu objeto.”<sup>194</sup>

Pode-se até considerar a importação de pneus usados como sendo uma medida adequada a atingir o fim a que se propõe o princípio da livre iniciativa, uma vez que seria uma forma de obtenção de matéria-prima para certas produções industriais, como, por exemplo, o de cimento e de asfalto, além de colaborar para a abertura de vagas de emprego. Não obstante, tal alegação foi devidamente rechaçada pela Relatora, como podemos perceber em trecho do voto da mesma:

Os dados assim apresentados, contudo, não conectam os princípios constitucionais definidos para a ordem econômica e para a ordem social, como antes acentuado. Nem há desenvolvimento, incluído o econômico, sem educação e sem saúde. Porque o desenvolvimento constitucionalmente protegido é o que conduz à dignidade humana, não à degradação – inclusive física – humana.<sup>195</sup>

A Min. Cármen Lúcia, outrossim, alegou que a importação de pneumáticos usados é potencialmente mais danosa à saúde e ao meio ambiente do que os benefícios econômicos que, por ventura, poderiam proporcionar. Pelo já analisado, da primeira máxima parcial da proporcionalidade, constatou-se ser a importação de pneus usados como sendo uma medida adequada à efetivação da livre iniciativa. Para tanto, prosseguiremos com a análise da

---

<sup>194</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 217.

<sup>195</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 107.

próxima máxima parcial, qual seja, a necessidade, também denominada de exame da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, ou do exame da intervenção mínima. Há de se perguntar, então, se não haveria outra medida estatal, distinta da utilizada – importação de pneumáticos usados –, mas da mesma forma adequada e eficaz, menos nociva ao direito fundamental ao meio ambiente.

A importação de pneus usados ou remoldados não pode ser compreendida como uma medida necessária para atingir o fim pretendido pelo direito fundamental à livre iniciativa. Isso porque se sabe que há inúmeras outras medidas – igualmente adequadas e eficazes –, que poderiam ser adotadas para a concreta efetivação do crescimento econômico, sem que se interviesse perniciosamente no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, no voto da Min. Cármen Lúcia, relatora da ADPF nº 101, ressalta-se estudo feito pelo Ministério do Meio Ambiente, que comprovou que há cerca de 100 Milhões de pneus abandonados em todo o território brasileiro, quantia essa que serviria muito bem como matéria-prima às empresas que se utilizam desse reaproveitamento. Portanto, não há razão para importar mais pneus, o que corrobora o fato de a medida ser desnecessária para atender o fim do princípio da livre iniciativa. Imprescindível para essa conclusão, portanto, o reconhecimento dos efeitos nocivos dessas importações.

Com relação à nocividade dessa medida em prol do desenvolvimento econômico, a relatora elenca diversas normas ambientais nacionais, além de se utilizar de conhecimento interdisciplinar advindo de audiência pública e de todo estudo apresentado pelos doutos representantes da Advocacia Geral da União.

Com fulcro no estudo acerca da proporcionalidade, na etapa do exame da necessidade, já se poderia considerar inconstitucional a autorização judicial de importação dos pneumáticos usados, por ser essa medida desnecessária para atender e garantir o direito fundamental à Livre Iniciativa, e também por intervir gravemente no direito ao meio ambiente e no direito à saúde.

O fato é que há expressamente, na arguição em análise, a utilização das significâncias “ponderar”, “ponderação” e “colisão entre princípios”. Assim, elementar para esta pesquisa é a análise de discurso da referida decisão, como forma de observar se o uso da metodologia decisória da ponderação foi devidamente empregada pela Relatora e pelos votos que a seguiram.

Acerca da máxima parcial da ponderação, podemos partir da configuração da colisão entre direitos fundamentais, ou – como mencionado por alguns ministros – da “aparente

colisão”. Impende ressaltar que, com base em todo estudo bibliográfico, e tendo como marco teórico Alexy, uma vez que haja uma colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com o direito fundamental à livre iniciativa, o método aplicável para solucionar o conflito é a ponderação.

A Min. Cármen Lúcia utiliza-se da metodologia da ponderação como forma de aproximar-se a uma decisão racional, dando prevalência a um dos direitos fundamentais em conflito. Na ADPF, nº 101, a relatora votou no sentido da prevalência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em detrimento do direito fundamental à livre iniciativa.

Analisando as categorias de pesquisa “colisão” e “ponderação”, compreende-se que a ponderação utilizada na ADPF, nº 101, foi ajustada para a condução a uma decisão racional. Ressalta-se, do mesmo monte, a importância de todo aparato interdisciplinar que a relatora e os ministros tiveram acesso, o que contribuiu para uma ponderação acertada, em que a prevalência dada ao meio ambiente foi muito bem fundamentada, considerando-se todas as situações do caso *in concreto*. Assim, avaliou-se a fundo que a importância de satisfação do direito ao meio ambiente justificaria o grau de afetação ao direito à livre iniciativa, com a coibição dessas importações.

Os “interessados” afirmaram que a proibição de importação de pneus usados ocasionaria o fechamento de fábricas de remoldagem de pneus e, em decorrência disso, haveria muito desemprego, “[...] o que afrontaria o princípio constitucional que assegura ‘(...) a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica’ e a busca do pleno emprego (inc. VIII e parágrafo único do art. 170 da Constituição da República).”<sup>196</sup> Entretanto, a relatora aduziu que tais dados não representariam os princípios definidos para a ordem econômica e social, ressaltando que não há desenvolvimento econômico hodiernamente, sem antes atender, igualmente, todas as dimensões do desenvolvimento sustentável, quais sejam, os aspectos econômicos, sociais e ambientais.

Após toda fundamentação em voto da Min. Cármen Lúcia, ficou comprovado que há maiores prejuízos do que benefícios com a medida de importação de pneus usados e, por todos os motivos elencados, considerou-se imperiosa a ponderação dos princípios em conflito. A Ministra também mencionou o que segue:

Parece inegável a conclusão de que, em nome da garantia do pleno emprego – dado essencial e constitucionalmente assegurado –, não está autorizado o descumprimento

---

<sup>196</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 107.

dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>197</sup>

Impende uma análise específica do voto do Min. Eros Grau, uma vez que houve evidente contradição em sua fundamentação. Apesar de acompanhar o voto da Min. Relatora, ele não fundamentou o porquê de tal tomada de decisão. Além do mais, fez crítica direta à ministra relatora, embasando-se em ensinamentos doutrinários de conhecimento notório da comunidade jurídica, saberes esses contrários ao uso da ponderação. Referiu o Min. Eros Grau as significâncias “discricionariedade”, “incerteza jurídica”, “subjetivismo do juiz”, “tirania de valores”, dentre outras que expressaram seu entendimento contrário à técnica da ponderação. O Min. Eros Grau, em seu voto, salientou que:

Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é.<sup>198</sup>

Prosseguindo, o Min. Eros Grau reitera a crítica doutrinária contra a ponderação, por conta da possibilidade de uma discricionariedade judicial na interpretação e na aplicação desses direitos – direito fundamental ao meio ambiente e direito fundamental à livre iniciativa. E, apesar de serem muito válidas algumas das argumentações do Ministro, o fato é que não se compreendeu qual o fundamento que o fez acompanhar o voto da ministra relatora. No mérito, pouco acrescentou. Acompanhou, surpreendentemente, após toda lição doutrinária contrária à ponderação, o voto da relatora, no sentido de considerar a importação de pneus usados como sendo uma medida que afrontaria o preceito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>199</sup>

Ao analisar o contexto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 101, constata-se que, além de se configurar como legítimo caso de colisão entre direitos fundamentais, há razão de a relatora fazer uso da ponderação – conforme as situações do caso concreto – dando preponderância ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Alexy, acerca da colisão entre princípios, assevera que é o caso onde “[...] algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido [...]. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas

<sup>197</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 117.

<sup>198</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 208.

<sup>199</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 207-208.

condições.”<sup>200</sup> No caso em tela, há evidente caso de colisão entre direitos fundamentais, uma vez que o ato de importação de pneus usados é permitido pela livre iniciativa, porém coibido com fulcro no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Há evidente situação de colisão entre direitos fundamentais, muito bem explanado pela ministra relatora, ao delinear ambos os lados do conflito, a seguir exposto:

Na espécie em causa se põem, de um lado, *a)* a proteção aos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo descumprimento estaria a ocorrer por decisões judiciais conflitantes; e, de outro, *b)* o desenvolvimento econômico sustentável, no qual se abrigaria, na compreensão de alguns, a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima, utilizado por várias empresas, que, por sua vez, geram empregos diretos e indiretos.<sup>201</sup>

Identificada a colisão, houve a devida ponderação, em que a relatora entendeu prevalecer o meio ambiente, com base nas situações do caso concreto. É o que se denota, a seguir, no voto da referida ministra:

O argumento dos Interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja abertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações.<sup>202</sup>

Seguindo essa mesma perspectiva sobre as decisões que autorizaram a importação de pneus usados, a Min. Cármen Lúcia aduziu que:

Ao contrário do que sustentam eles, as decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados é que afrontam o art. 170 da Constituição Brasileira, pois o material refugado agride o meio ambiente contrariando o disposto no inciso VI, art. 170, bem como aos arts. 196 e 225, especialmente. Ademais essa transferência de material inutilizável representa, por si só, afronta ao disposto na Convenção da Basiléia, da qual o Brasil é signatário.<sup>203</sup>

Resta evidente, ao analisar o aresto, que as situações do caso em conflito levam a uma ponderação de valores, da qual o resultado é essencial à garantia do direito fundamental ao meio ambiente, o qual, no caso, estaria sendo gravemente violado pelas decisões judiciais que concederam autorizações para as importações dos pneumáticos usados.

<sup>200</sup> ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 93.

<sup>201</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 41.

<sup>202</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 118.

<sup>203</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 122-123.

A prevalência do direito ambiental sobre o direito econômico, outrossim, resta evidente, considerando o discurso do Min. Joaquim Barbosa, que acompanhou a relatora, e aduziu, em seu voto, o que segue:

Qualquer espécie de ponderação de princípios não pode resultar em consequência perniciosa severamente maior do que o evento lesivo que se está a controlar. Garantias individuais não justificam pura e simplesmente o aniquilamento do interesse coletivo, e o interesse coletivo não pode sacrificar completamente as garantias individuais. Não parece ser desproporcional ou não razoável política ambiental e econômica que tenha por foco a destinação do produto inservível produzido no território nacional. Se o refugo atinge mesmo cerca de 30% do material importado, conforme argumentado, há fundada dúvida sobre os riscos que o acúmulo de tais detritos poderá causar. Ao que se afigura no quadro, um dos pontos importantes é saber se a medida adotada não irá causar distúrbios de concorrência, como se lê nas entrelinhas de algumas manifestações. Ainda assim, entendo que o risco de danos ao meio ambiente, aparentemente justificado, deve prevalecer sobre o interesse econômico, que pode ser compensado de outras formas.<sup>204</sup>

Ao proceder com a análise do voto do Min. Joaquim Barbosa, percebe-se que ele acompanha o juízo da prevalência do direito fundamental ao meio ambiente. O Ministro aborda a ponderação sob uma perspectiva ampla, corroborando no sentido de que a atenção ao risco ambiental deve prevalecer em detrimento do direito à livre iniciativa, uma vez que essa última poderia ser fomentada por diversos outros meios. Notamos aqui, implicitamente, as análises da adequação e da necessidade da importação de pneus usados, realizadas pelo ministro. Deste modo, o Min. Joaquim Barbosa reconheceu a colisão entre os direitos fundamentais do meio ambiente e da livre iniciativa passível, portanto, de análise da proporcionalidade da medida.

Acerca da proporcionalidade da restrição à importação de pneus usados, a Min. Cármen Lúcia ressaltou a importância do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao citar importantes convenções e normas acerca da proteção ambiental. Sob essas considerações, a relatora rejeitou as alegações de grave interferência ao direito fundamental à livre iniciativa, uma vez, que, segundo ela, 60% dos pneus que chegam em território nacional são inaptos para reutilização, gerando passivo de rejeitos sólidos e, portanto, causando graves danos ao meio ambiente.

O voto do Min. Carlos Britto deu a devida atenção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, frente aos possíveis riscos da importação desses bens denominados, pelo referido ministro, como “artefatos antiecológicos”. Acerca da essencialidade do princípio da precaução, o ministro aduziu que:

---

<sup>204</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 222.



[...] ali onde a ciência não assegura a preservação, ou não assegura a falta, a carência de lesividade ao meio ambiente, a precaução se impõe. E quando a precaução se impõe, vale dizer, se há dúvida, interrompe-se a atividade potencialmente lesiva, a empreitada humana, seja ela de caráter privado, seja de caráter público.<sup>205</sup>

Sobre a colisão entre princípios e a ponderação como método interpretativo e argumentativo, o Min. Carlos Britto evidenciou o que segue:

Há princípios constitucionais em jogo e o fato é que determinados princípios, como esse da precaução, tem um conteúdo mínimo significativo para acima de qualquer dúvida razoável, um conteúdo mínimo de logo aplicável. E aplicar esses mínimos dos princípios é reconhecer a eles o que Konrad Hesse chama de força ativa. Os princípios são normas também, não apenas os preceitos. Claro que eles têm um certo conteúdo histórico-cultural e carregam na sua interpretação elementos de subjetividade, mas vamos chamar de “subjetiva mínima”, que não nos impede de transitar por esse fio de navalha que é o nosso permanente desafio de homenagear a segurança jurídica, sem deixar de realizar a justiça material. Sabido que a justiça material não se confina à filosofia; é uma categoria de direito positivo e na Constituição está expressamente grafada no preâmbulo da nossa Carta. Tanto a segurança como a justiça estão ali expressamente qualificadas, as duas: justiça – e aí a justiça como valor - e segurança como valores supremos. Diz a Constituição – e esse adjetivo “supremos”, valores supremos de uma sociedade –: “(...) *de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.*”<sup>206</sup> [grifos do ministro].

Ante todo o exposto, impende ressaltar que a Min. Cármen Lúcia atendeu às essenciais etapas da ponderação, quais sejam: 1ª) a identificação dos enunciados normativos aparentemente em tensão; 2ª) a identificação dos fatos relevantes; e 3ª) a decisão. Sobre a primeira etapa da ponderação, restou evidente a presença da colisão entre os direitos fundamentais ao meio ambiente e à livre iniciativa. Isso se dá, por conta do notório entendimento de não existir hierarquia entre direitos fundamentais, e estes, seguidamente, entrarem em situação de conflito. É o que ocorreu no caso em análise. O direito fundamental à livre iniciativa deve ser garantido na maior medida possível, desde que não interfira danosamente em outro direito fundamental, como, no caso, no direito fundamental ao meio ambiente.

Acerca da segunda etapa da ponderação – sobre fatos relevantes –, ressalta-se que a opinião pública foi ouvida, por meio de audiência pública, realizada em 27 de Junho de 2009. A magistrada considerou toda e qualquer existência de disposições normativas, pelo qual apoiou sua argumentação jurídica, como, por exemplo, o art. 225, da CF/88, o Decreto n° 875/1993, que trata da Convenção de Basileia, a Resolução CONAMA n° 258/1999,

<sup>205</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 101**, p. 225.

<sup>206</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 101**, p. 225-226.

determinada pela Resolução CONAMA n° 301/2002, dentre outros dispositivos. A ministra Cármen Lúcia fez, em sua fundamentação, uma contextualização histórica das normas acerca da proibição da importação de pneumáticos usados, que segue:

Esse histórico das normas serve a *comprovar que apenas durante um curtíssimo intervalo de tempo, entre a edição das Portarias DECEX n. 1/92 e 18, de 13.7.1992, é que se permitiu a importação de pneus usados e, ainda assim, com a ressalva de que fossem utilizados como matéria-prima para a indústria de recauchutagem. É esse, aliás, o entendimento sedimentado neste Supremo Tribunal Federal, como se tem, por exemplo, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 118: ‘Registrou-se que, à exceção do período compreendido entre as Portarias DECEX 1/92 e 18/92, desde a edição da Portaria DECEX 8/91, não é permitida a importação de bens de consumo usados. Asseverou-se que a proibição geral de importação de bens de consumo ou de matéria-prima usada vigorou até a edição da Portaria SECEX 2/2002, consolidada na Portaria SECEX 17/2003 e, mais recentemente, na Portaria SECEX 35/2006, que adequou a legislação nacional à decisão proferida pelo Tribunal Arbitral do Mercosul para reiterar a vedação, com exceção da importação de pneus recauchutados e usados remoldados originários de países integrantes do Mercosul.* (Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 12.12.07). Foi, pois, por força da decisão do Tribunal Arbitral ad hoc que, em 2003, o Brasil viu-se obrigado a aceitar a importação, por ano, de até 130 mil pneus remoldados dos países partes do MERCOSUL, basicamente do Uruguai. Observo, ainda, que a mesma proibição de pneus usados foi objeto de normas argentinas, também questionada pelo Uruguai e matéria de lide perante o Tribunal ad hoc. [grifos da ministra].<sup>207</sup>

Além disso, ainda na identificação dos fatos relevantes feitos pela Ministra, como forma de proceder com a devida ponderação do conflito, foi utilizada a significância da “precaução” como princípio. A esse respeito a mesma asseverou que:

Nem se há negar a imperiosidade de se assegurar o desenvolvimento econômico. Especialmente em dias como os atuais, nos quais a crise econômica mundial provoca crise social, pelas suas repercussões inegáveis e imediatas na vida das pessoas. Mas ela não se resolve pelo descumprimento de preceitos fundamentais, nem pela desobediência à Constituição. Afinal, como antes mencionado, não se resolve uma crise econômica com a criação de outra crise, esta gravosa à saúde das pessoas e ao meio ambiente. A fatura econômica não pode ser resgatada com a saúde humana nem com a deterioração ambiental para esta e para futuras gerações. 17.3. Como posto no art. 170, inc. VI, da Constituição brasileira, a ordem econômica constitucionalmente definida em sua principiologia, fixa o meio ambiente como um dos fundamentos a serem respeitados [...].<sup>208</sup>

Neste mesmo sentido, a respeito do atendimento ao princípio da precaução, a relatora referiu que as medidas impostas nas normas brasileiras – as quais foram descumpridas em decisões pelo país – atendem rigorosamente àquele princípio, recepcionado pela Constituição, e que é dever de todos. Além disso, mencionou que o princípio da precaução não desacataria

<sup>207</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 101**, p. 52-53.

<sup>208</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 101**, p. 98.

os demais princípios constitucionais da ordem econômica, muito pelo contrário, que harmonizaria com estes.<sup>209</sup>

Nessa segunda etapa da ponderação, há de se considerar que as circunstâncias de fato podem repercutir de forma a atribuir maior peso a um dos direitos. Outrossim, a Min. Cármen Lúcia elucidou o histórico e a importância constitucional de cada um desses direitos, além de levar em consideração todos os demais aspectos do caso em análise, para, posteriormente pender para o lado de um dos direitos fundamentais em conflito. Impende mencionar que a relatora atendeu, formidavelmente, à segunda etapa da ponderação.

Diante do risco de contaminação e dos comprovados perigos à saúde, a importação de pneumáticos usados foi considerada, pela Ministra Relatora, como sendo altamente prejudicial à saúde e ao meio ambiente e, portanto, o direito ao meio ambiente teve de prevalecer em detrimento ao direito à livre iniciativa no caso *in concreto*. Atendida, outrossim, a terceira etapa da ponderação, qual seja, a decisão da ministra relatora que julgou parcialmente procedente a APDF nº 101, por todos os motivos já decompostos acima.

A partir da análise de discurso da ADPF nº 101, averiguou-se que, apesar de configurar-se como sendo uma decisão favorável a uma intensa restrição ao direito fundamental da Livre Iniciativa, o risco de danos ao meio ambiente e à saúde da coletividade justificaram esse grau de afetação.

#### **4.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540 MC/DF julgada pelo STF**

A matéria foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>210</sup> tendo, como relator, o Min. Celso de Mello que pretendia a inconstitucionalidade do art. 4º, *caput* e parágrafos do

<sup>209</sup> BRASIL. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, p. 99.

<sup>210</sup> BRASIL. STF, **ADI nº 3540 MC/DF**, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 01 de Setembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 20 out. 2016. EMENTA: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE

antigo Código Florestal (lei nº 4.771/65), alterados pela Medida Provisória nº 2.166-67/01, a qual autorizava a autoridade ambiental competente conceder permissão para supressão de vegetação de áreas de preservação permanente, nos casos de utilidade pública e interesse social, mediante procedimento administrativo próprio.

---

TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). (STF, ADI 3540 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006).

O Procurador-geral da República alegou inconstitucionalidade formal dos dispositivos citados, por violarem o disposto art. 225, § 1º, III da CF/88. Segundo o douto procurador, a modificação de espaços territoriais ambientalmente protegidos somente poderia se dar através de lei e não via procedimentos administrativos.

O objetivo iminente da ação seria a autorização à mineradora, por órgão administrativo, para a supressão de vegetação em APP, o que fora julgado em medida cautelar, em período de férias forenses do egrégio tribunal, pelo presidente Min. Nelson Jobim, que deferiu a cautelar. O julgamento seguiu para determinar acerca da manutenção ou da suspensão da liminar. No voto do Min. Celso Mello, acompanhado pela maioria dos votos, decidiu-se no sentido de:

**Quando se tratar, porém, de execução de obras ou de serviços a serem realizados em tais espaços territoriais, cumpre reconhecer que, observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, tornar-se-á lícito ao Poder Público – qualquer que seja o nível em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a realização de tais atividades no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que não resulta comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de um regime jurídico de proteção especial. [grifos do ministro Celso Mello].<sup>211</sup>**

O STF decidiu pela improcedência da ação, sob o argumento central de que:

[...] **somente a alteração e a supressão do regime jurídico** pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos **é que se qualificam**, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, **como matérias** sujeitas ao princípio da reserva de lei formal. (p. 560). [grifos do ministro relator].<sup>212</sup>

O ministro Celso Mello decidiu, portanto, pelo indeferimento da liminar que teria suspenso os efeitos da Medida Provisória nº 2.166-67/01.

Inicialmente, impende ressaltar que o acórdão, ora em análise, gerou muita discussão doutrinária. Alguns contra e outros manifestamente favoráveis ao posicionamento do STF, acerca da matéria. Entretanto, à presente pesquisa interessará, tão-somente a análise do emprego da ponderação no referido julgado.

Outra observação sobre o aresto diz respeito à alusão ao princípio do desenvolvimento econômico. Analisando-se todo o acórdão, nos deparamos com as seguintes significâncias: “desenvolvimento econômico”; “atividade econômica”; “iniciativas”; “empreendimentos”; e “propósitos empresariais”. Diante dessas constatações, ao esmiuçar o

<sup>211</sup> BRASIL. STF, ADI nº 3540 MC/DF, p. 560-561.

<sup>212</sup> BRASIL. STF, ADI nº 3540 MC/DF, p. 560.

discurso na decisão, concluiu-se que há, implicitamente, menção ao princípio da Livre Iniciativa. A alocação “propósitos empresariais” fora localizada em folha 563 da ADI nº 3540 MC/DC, onde o relator transcreveu que:

[...] **a própria** Constituição Federal, ao autorizar a interferência humana no meio ambiente, **com** propósitos empresariais **voltados** à exploração econômica de **recursos minerais**, **impôs** medida destinada a permitir a restauração das áreas afetadas por tal atividade [...]. [grifos do ministro Celso Mello].

E, partindo da aceção que o direito fundamental à livre iniciativa diz respeito à prática de atividade econômica de produção, de circulação, de distribuição e de consumo de bens e serviços, no mercado onde atuam os agentes econômicos, dentre eles, o próprio Estado, os empresários, os trabalhadores e os consumidores, conclui-se que a alocação “propósitos empresariais” diz respeito, mesmo que implicitamente, ao direito fundamental à livre iniciativa. Em voto do Min. Celso Mello, o mesmo refere “atividade econômica” da seguinte forma:

[...] **que a atividade econômica**, considerada a disciplina constitucional que a rege, **está subordinada**, dentre **outros** princípios gerais, **àquele que privilegia** a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), **que traduz** conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. [grifos do ministro].<sup>213</sup>

Igualmente interpreta-se, a partir do discurso acima citado, no sentido de “atividade econômica” dizer respeito, também, à livre iniciativa, inclusive disposta no artigo 170, *caput* da CF/88, citado pelo Min. Celso Mello. Sob essa perspectiva, o Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, do TRF4, relator do AI nº 5006231-81.2015.404.0000,<sup>214</sup> refere expressamente a **por extenso** (ADI) nº 3540 MC/DF – ora analisada – como sendo uma situação de colisão entre o meio ambiente e a livre iniciativa, conforme constatamos a seguir:

E o STF, no julgamento da **ADI-3540-MC/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, fez **importante ponderação entre livre iniciativa e defesa do meio ambiente**, nos seguintes termos: 'Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). [grifos nossos].

<sup>213</sup> BRASIL. STF, **ADI nº 3540 MC/DF**, p. 567-568

<sup>214</sup> BRASIL. TRF4, **Agravo de Instrumento nº 5006231-81.2015.404.0000/RS**. Relator(a): Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 20 de Fevereiro de 2015. Disponível em: <[https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41424434063401901110000000005&evento=41424434063401901110000000014&key=841326472b19ab48d398cfc5fc6f428bc319a1ef4f60ece0cf4ff1e2f376dcf0](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41424434063401901110000000005&evento=41424434063401901110000000014&key=841326472b19ab48d398cfc5fc6f428bc319a1ef4f60ece0cf4ff1e2f376dcf0)>. Acesso em: 23 dez. 2016.

Oportunamente, na própria ementa da ADI nº 3540, do STF, cita-se o art. 170, VI da CF/88, que dispõe que:

Art. 170. A ordem econômica, **fundada** na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [grifos nossos].

À vista de todo o arrazoado, classificou-se como sendo hábil a análise de discurso do referido aresto (ADI 3540 MC/DF), incluindo-o à categoria de pesquisa da “livre iniciativa”, o que se perpetrará a seguir. Assim, ao esmiuçar-se o voto, nos deparamos com uma breve elucidação acerca do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e de sua importância como direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana das presentes e futuras gerações.

Após discorrer sobre o meio ambiente, sua titularidade e natureza asseverou o relator que a medida provisória, na verdade, resguardaria o direito fundamental ao meio ambiente. Posteriormente à admirável palestra acerca do direito fundamental ao meio ambiente, considerou o Ministro Celso Mello que, “com absoluta fidelidade aos direitos constitucionais suscetíveis de tutela estatal e de proteção social, editou-se a Medida Provisória em questão.”<sup>215</sup> Concluiu no sentido de não resultar, da Medida Provisória em questão, qualquer efeito lesivo e predatório ao meio ambiente.

O Min. Celso Mello alegou que, frequentemente, estariam em situação de colisão de interesses a proteção do meio ambiente e a livre iniciativa, o que exigiria uma ponderação de bens e interesses, de modo a não atingir o núcleo essencial dos princípios colidentes.<sup>216</sup> Sob esta perspectiva, o Min. Celso Mello considerou como sendo uma aparente situação de antinomia entre direitos fundamentais – ao meio ambiente e à livre iniciativa. Ele alega que, no caso em questão, a medida provisória estabeleceu mecanismo que permitiu um verdadeiro controle das APP. O relator considerou a medida provisória como um instrumento que viabilizaria a preservação do meio ambiente e, por esses motivos, indeferiu a cautelar.<sup>217</sup>

<sup>215</sup> BRASIL. STF, ADI nº 3540 MC/DF, p. 549.

<sup>216</sup> BRASIL. STF, ADI nº 3540 MC/DF, p. 565.

<sup>217</sup> BRASIL. STF, ADI nº 3540 MC/DF, p. 568-569.

Ao analisarmos a decisão, externou-se, nos votos dos Ministros, a importância de garantir o desenvolvimento nacional, conciliando-o com a proteção ao meio ambiente. O discurso axiomático do Min. Celso Mello deixa claro o seu posicionamento acerca de não haver uma prevalência hierárquica constitucional do direito fundamental ao meio ambiente e, por essa razão, haveria um peculiar conflito entre direitos fundamentais.

Importante ressaltar que, expressamente, encontra-se na ementa do acórdão a frase “A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica [...]”, contudo, ao avaliar o acórdão, a referida precedência do direito fundamental ao meio ambiente não é constatada. O ministro advertiu sobre a existência da colisão entre esses dois direitos que:

[...] **atento** à circunstância **de que existe** um permanente estado de tensão **entre** o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, **torna-se essencial reconhecer** que a superação desse antagonismo, que **opõe valores** constitucionais relevantes, **dependerá** da ponderação concreta [...]. [grifos do ministro].<sup>218</sup>

Partindo da consideração de uma aparente situação de colisão, se exige a ponderação de bens e valores do caso concreto, como forma de resguardo do núcleo essencial dos direitos fundamentais em rota de conflito. Neste seguimento, passaremos a fazer a análise da aplicação da técnica da ponderação no caso em estudo. Sobre a ponderação de valores, o Min. Celso Mello evidenciou que:

[...] **torna-se essencial reconhecer** que a superação desse antagonismo, **que opõe** valores constitucionais relevantes, **dependerá** da ponderação concreta, **em cada caso ocorrente**, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, **em ordem** a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, **tendo-se** como vetor interpretativo, **para efeito** da obtenção **de um mais** justo e perfeito equilíbrio **entre as exigências** da economia e as da ecologia, **o princípio** do desenvolvimento sustentável [...]. [grifos do Ministro].<sup>219</sup>

Através do estudo da argumentação do Min. Celso Mello, nos deparamos com uma situação de embate entre dois direitos fundamentais: o meio ambiente e a livre iniciativa. Desse modo, conforme a teoria de Alexy, ficou constatado um dos pressupostos para a aplicação da ponderação, além de se evidenciar a observação das situações relevantes e a repercussão dessas para o caso concreto. Doravante, resta, à presente pesquisa, verificar se

<sup>218</sup> BRASIL. STF, ADI nº 3540 MC/DF, p. 565.

<sup>219</sup> BRASIL. STF, ADI nº 3540 MC/DF, p. 565.



houve a prática das três máximas parciais da proporcionalidade no julgado, quais sejam: a adequação, a necessidade e a ponderação.

Há a menção à proporcionalidade no voto do Min. Celso de Mello, que ressalta a existência de um típico caso de colisão entre direitos fundamentais. Com a verificação disso, seria necessário, para a resolução da tensão, a prática de uma ponderação concreta, de modo a não ocorrer um esvaziamento do conteúdo essencial desses direitos.<sup>220</sup> Entretanto, não há, por parte do julgador, atendimento à proporcionalidade e suas máximas parciais. Apenas há a menção da ponderação de valores.

Na íntegra da decisão, não foram constatados os testes da adequação e da necessidade da medida – permissão para supressão de vegetação em APP, em casos de utilidade pública e interesse social. Na decisão em análise, com fulcro na metodologia proposta por Alexy, considerou-se indevidamente aplicada a ponderação, por não reverenciar os testes da adequação e da necessidade, que precedem ao sopesamento. Contudo, analisaremos, especificamente, a utilização da significância “ponderação” pelos ministros Celso Mello e Marco Aurélio, com o escopo de abeirar-se a uma resposta à pergunta de pesquisa desta dissertação.

A ponderação, como ressaltado em capítulo específico, possui alguns pré-requisitos para sua ajustada aplicação, quais sejam, primeiramente, a identificação dos enunciados normativos aparentemente em tensão, a identificação dos fatos relevantes e, em uma última etapa, a decisão. Além do mais, deve o intérprete avaliar o grau de afetação de um dos princípios, a importância de satisfação do outro colidente e, por fim, graduar se a importância da satisfação do princípio colidente justificaria a afetação ao outro princípio.

Impende ressaltar que, em voto do Min. Celso Mello, ficou evidente a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à livre iniciativa, ou seja, cumpriu-se a primeira etapa da ponderação.

No julgado ora em análise, também nos deparamos com o sopesamento em voto do Min. Marco Aurélio, que apoiou a ponderação entre valores para fazer valer a constituição, em seu art. 225. Ele exigiu, também, que a regulamentação da matéria – supressão de vegetação em APP – fosse dada por meio de lei formal, e não por medida provisória, como no caso em tela. O ministro entendeu que, se permitida a supressão de vegetação em áreas de preservação permanente, por procedimento administrativo próprio, resultante de medida

---

<sup>220</sup> BRASIL. STF, ADI nº 3540 MC/DF, p. 565.

provisória, seria o mesmo que delegar, ao Poder Executivo, competências não previstas em nossa Carta Magna.

Acerca da segunda etapa da ponderação – que diz respeito à identificação dos fatos relevantes –, a corte externou seu entendimento acerca da importância do direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como sendo inerente à dignidade da pessoa humana, além de evidenciar que o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa são princípios essenciais ao homem, desde que atendidas às normas ambientais.

O Min. Celso Mello, ao analisar todos os fatos do caso *in concreto*, constatou que a concessão da medida cautelar, que coibiu a supressão de vegetação em APP, afetou diretamente o direito fundamental ao desenvolvimento econômico, uma vez que diversos empreendimentos foram interrompidos. Entendeu como sendo desproporcional a medida cautelar que julgou procedente a inconstitucionalidade do art. 4º, *caput* e parágrafos do Código Florestal. Além disso, concluiu a Corte não haver qualquer consequência danosa ao meio ambiente a permissão de supressão de vegetação em APP, nos casos de utilidade pública e interesse social, mediante procedimento administrativo próprio.

O STF, ao julgar a ADI nº 3540 MC, transferiu competência e responsabilidade à autoridade do órgão ambiental para que, em casos de utilidade pública e interesse social, conferisse permissão para a supressão de vegetação em APP. Partindo dessas premissas, os dispositivos do Código Florestal poderiam ser considerados adequados e necessários para fomentar ambos os direitos fundamentais. Por esses motivos, e ante todo exposto acerca da utilização da ponderação como metodologia decisória, para solucionar o conflito da ADI nº 3540, considerou-se o uso da ponderação pela corte do STF, com base na teoria de Alexy, como sendo incompleta.

O que o discurso expõe, ao analisarmos os votos do referido acórdão, é uma harmonização entre os dois direitos, pois não ocorreu, verdadeiramente, a prevalência de um desses direitos – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou o direito à livre iniciativa. Desse modo, não houve uma ponderação de valores, baseada na teoria de Alexy. A decisão determinou a interação entre os direitos colidentes, devendo os mesmos coexistir no caso concreto, sem dar prevalência a um deles.

A despeito de constar, na ementa, uma precedência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não fora o que sucedeu analisando-se voto à voto do aresto. A própria ementa é contraditória, quando menciona tratar-se de uma “limitação constitucional explícita à atividade econômica”.

Apesar de constarem, na ADI nº 3540, as significâncias “ponderar”, “ponderação concreta”, dentre outras, que corroborariam com o uso da ponderação, há evidente menção dessas palavras no sentido de “reflexão”<sup>221</sup> e “ideia”, o que contraria essencialmente o teste da ponderação, terceira etapa da proporcionalidade *lato sensu*, não atendendo a teoria proposta por Alexy. Além disso, há manifesta harmonização entre os direitos no caso em questão, uma vez que, para nenhum dos direitos fundamentais aparentemente em conflito, deu-se a prevalência em detrimento de outro.

#### 4.2.3 Apelação Cível em Mandado de Segurança nº. 2011.082253-4 julgada pelo TJ/SC

A Apelação Cível em Mandado de Segurança nº. 2011.082253-4, julgada pelo TJ/SC,<sup>222</sup> se trata de Apelação Cível em Mandado de Segurança, contra ato da Fundação do Meio Ambiente (FATMA) do Estado de SC, que interditou e lacrou as bombas de abastecimento da empresa Transportes Alvorada Ltda., mediante Auto de Infração.

A empresa alegou não ter tido oportunidade de se defender do Auto de Infração emitido pela FATMA, além de não ter tido oportunidade de regularizar os índices de contaminação por benzeno, e que este índice estaria um pouco acima do estabelecido pelo CONAMA. Além do mais, asseverou que a paralização das bombas afetou diretamente o

<sup>221</sup> MORAES, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF.** Lenio Streck (coord.). Salvador: Juspodium, 2016, p. 122.

<sup>222</sup> BRASIL. TJ/SC, **Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.082253-4.** Relator(a): Des. Jaime Ramos, julgado em 08 de Março de 2012. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000KAF40000&nuSeqProcessoMv=null&ti poDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4254043&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2016. EMENTA: AMBIENTAL – APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADO DE SEGURANÇA – AUTUAÇÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL E EMBARGO CAUTELAR DE ATIVIDADE DE POSTO DE ABASTECIMENTO – RELATÓRIO DE ENSAIO QUE ATESTA CONTAMINAÇÃO DE SOLO E LENÇOL FREÁTICO POR SUBSTÂNCIA NOCIVA COM ÍNDICE SUPERIOR AO PERMITIDO – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – GARANTIA – PROCEDIMENTO ADOTADO PELO ÓRGÃO AMBIENTAL EM CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL – OPOSIÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – LIVRE INICIATIVA E MEIO AMBIENTE – TEORIA DA PONDERAÇÃO – PREPONDERÂNCIA DO DIREITO METAINDIVIDUAL AO MEIO AMBIENTE SADIO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO POR PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA INCONTESTÁVEL – DILAÇÃO PROBATÓRIA NÃO ADMITIDA EM "WRIT" – RECURSOS PROVIDOS – SENTENÇA REFORMADA. É possível o embargo cautelar de atividade, pela autoridade de fiscalização ambiental, juntamente com a lavratura do auto de infração ambiental, de acordo com a legislação específica, quando estiver evidenciado por relatório de ensaio que tal atividade está causando poluição, como no caso de posto de combustível que vem produzindo contaminação de solo e lençol freático por substância nociva com índice superior ao permitido. “Em se cuidando de matéria afeita ao meio ambiente, pela celeridade exigida na cessação do provável ato poluente, atestado o risco de contaminação do lençol freático, a contra-argumentação do suposto poluidor fica postergada sem qualquer malferimento ao primado do contraditório. “Na ponderação de princípios constitucionais (livre iniciativa e meio ambiente), prevalece o segundo por possuir, a priori, maior densidade normativa - já reconhecido como direito fundamental pelo STF -, sobretudo pelo fato de que no caso concreto a livre iniciativa pode ser exercida com respeito ao meio ambiente.”

funcionamento da empresa e sua capacidade de enfrentar obrigações tributárias, civis e trabalhistas. Portanto, a medida feriria gravemente seu direito constitucional à Livre Iniciativa.

A autoridade coatora alegou a inexistência de afronta ao contraditório e à ampla defesa, além de afirmar que a medida de interdição tinha por objetivo impedir danos ao meio ambiente. A FATMA alegou que, em havendo uma ponderação entre os dois direitos fundamentais – ao meio ambiente e à livre iniciativa –, deveriam ser preservados os interesses da coletividade.

O juízo *ad quo* decidiu pela concessão da segurança, a fim de que o impetrante pudesse retomar suas atividades empresariais, determinando a nulidade do auto de infração, diante do não-atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Inconformada, a autoridade ambiental coatora interpôs recurso de Apelação. Também, contra decisão de primeiro grau, o douto representante do Ministério Público interpôs recurso alegando violação às normas ambientais.

O Tribunal de Justiça do Estado de SC, tendo como relator o Des. Jaime Ramos, julgou pela procedência da Apelação denegando o mandado de segurança contra ato da Fundação do Meio Ambiente.

O Desembargador entendeu que a autuação fiscal decorreu conforme previsão legal e que objetivou a proteção de um bem jurídico coletivo, em detrimento do direito de livre iniciativa da impetrante, que seria limitado. Além disso, ficou comprovado que os representantes legais da empresa autuada foram notificados para apresentação de defesa, em prazo determinado. Não houve, segundo o desembargador, notícia de contestação pelos impetrantes e, em função disso, não se reconheceu a existência de violação a direito líquido e certo, a ser amparado por Mandado de Segurança.

O relator fundamentou que estaria comprovada a contaminação do solo e lençol freático por benzeno, com níveis acima do permitido pelo CONAMA, configurando-se, portanto, infração ambiental passível de as autoridades competentes lavrarem o devido auto de infração ambiental. Desse modo, o mandado de segurança impetrado, contra auto de infração, não poderia ter sido acatado pelo juízo *ad quo*.

Em seu voto, o Des. Jaime Ramos refere caso análogo pelo qual se decidiu pela inexistência de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança. Trata-se de Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.017839-0, também julgada pelo TJ/SC, que teve por relator o Des. Carlos Adilson Silva, decidida em 14/2/2012, aresto este que se utilizou da ponderação como técnica de argumentação. Nesse último aresto, após avaliação do

mesmo, impende ressaltar que houve apenas a menção da técnica da ponderação pelo Des. Carlos Adilson da Silva, *in verbis*:

‘Não bastasse toda a argumentação, lembra-se aqui a técnica da ponderação de interesses constitucionais, diariamente utilizada pela jurisprudência alemã que inicia sua caminhada no Brasil. Numa eventual colisão de interesses ou direitos de igual relevância, é a análise do caso concreto que indica qual interesse ou direito deve prevalecer. E na espécie, conflitando interesse individual (atividade econômica) com interesse difuso (meio ambiente/direito à vida, reconhecido como fundamental pelo STF), não resta sombra de dúvida sobre qual deve preponderar.’ (TJSC - Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.017839-0, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 14/2/2012).

O caso acima citado configura-se como sendo um recorrente exemplo de banalização da técnica da ponderação pelo Poder Judiciário, o qual somente fez menção ao sopesamento, sem sequer cumprir as peculiaridades e etapas que lhes são inerentes. Além disso, deparamo-nos com a discricionariedade e voluntarismo pelo julgador, ao decidir pela preponderância do direito fundamental ao meio ambiente, pelo fato de ser, unicamente, um direito metaindividual. Ora, como se o mesmo possuísse, hierarquicamente, mais apreço que a livre iniciativa. O relator Des. Jaime Ramos da Apelação Cível, em Mandado de Segurança nº 2011.082253-4, cita trecho do voto do Des. Carlos Adilson da Silva:

‘Na ponderação de princípios constitucionais (livre iniciativa e meio ambiente), prevalece o segundo por possuir, a priori, **maior densidade normativa** – já reconhecido como direito fundamental pelo STF -, sobretudo pelo fato de que no caso concreto a livre iniciativa pode ser exercida com respeito ao meio ambiente’. (TJSC - Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.017839-0, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 14/2/2012). [grifo nosso].

Voltando à decomposição do aresto ora em análise, a ponderação fora mencionada no sentido de harmonização entre os direitos em rota de colisão, meio ambiente e livre iniciativa, como forma de “avaliação”, apesar de não haver, especificamente, uma consideração mais aprofundada dos aspectos fáticos e jurídicos do caso. Novamente, remata-se – acerca da Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.082253-4, do TJ/SC – a confirmação da inadequada utilização da técnica da ponderação como método decisório.

#### 4.2.4 Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11 julgado pelo TJ/PA

O Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11, julgado pelo TJ/PA<sup>223</sup>, trata-se de um mandado de segurança com pedido liminar impetrado contra ato do Secretário do Meio Ambiente do Estado do Pará (PA), que exigiu a inscrição do impetrante no Cadastro de Exploradores e Consumidores de Produtos Florestais no Estado do Pará (CEPROF – PA), a fim de explorar a atividade extrativista florestal em área rural de sua propriedade. Entretanto, tal inscrição foi negada, com base na Instrução Normativa nº 11/2006 da SEMA/PA, que em seu art. 6º, XVIII exige a apresentação de Certidão Negativa de Débito (CND) fiscal, como requisito para a efetivação daquele cadastro. Além do mais, o órgão ambiental exigiu a CND não-tributária, a qual o impetrante não pôde juntar, em razão de existir dívidas em seu nome.

<sup>223</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11, CNJ 0000760-65.2012.8.14.0000**, Câmaras Cíveis Reunidas, Relator(a): Des. Maria do Ceo Maciel Coutinho, julgado em 03 de março de 2015, publicado em 24 de março de 2015. Disponível em:

<<http://webconsultas.tjpa.jus.br/consultaprocessportal/consulta/principal?detalhada=true>>. Acesso em: 26 nov. 2016. EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. AMBIENTAL. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADAS À UNANIMIDADE. MÉRITO - NEGATIVA DE INSCRIÇÃO NO CEPROF (CADASTRO DE EXPLORADORES E CONSUMIDORES DE PRODUTOS FLORESTAIS). EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO FISCAIS. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. ART. 24, VI, CF/88, ART. 28, § 4º, CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ART. 19 DA LEI FEDERAL 11.284/2006 E ART. 6º, XVIII DA INSTRUÇÃO NORMATIVA 11/2006-SEMA. SEGURANÇA DENEGADA. VOTO-VISTA DO EXMO. DES. RICARDO FERREIRA NUNES, ACOMPANHADO PELA RELATORA. DECISÃO UNÂNIME. 1. Preliminar de ausência de interesse de agir rejeitada, eis que não se faz necessário esgotar a via administrativa para se ingressar com a ação mandamental, consoante previsão do art. 5º, LXIX, CF/88. Unanimidade de votos; 2. Preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade impetrada rejeitada, porquanto a exigência da CND não tributária emana do Secretário Estadual de Meio Ambiente e não do Secretário de Fazenda. Unanimidade de votos; 3. Mérito. A Instrução Normativa nº 011/2006 da SEMA em seu art. 6º, XVIII exige a apresentação de CND Tributária, emitida pela SEFA, como documento indispensável a obtenção do cadastro no CEPROF; 4. O artigo 28, §4º da Constituição do Estado do Pará prevê que a pessoa física ou jurídica em débito com o fisco, com o sistema de seguridade social, que descumpra a legislação trabalhista ou normas e padrões de proteção ao meio ambiente, [...], não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais, creditícios ou administrativos ou de qualquer natureza, ficando rescindido o contrato já celebrado, sem direito a indenização, uma vez constatada a infração; 5. A lei federal 11.284/2006, por meio do seu artigo 19, estabelece que, além de outros requisitos previstos na lei 8666/93 (dentre as quais, a CND tributária), exige-se para habilitação nas licitações de concessão florestal a comprovação de ausência de débitos inscritos na dívida ativa, relativos à infração ambiental, nos órgãos competentes integrantes do SISNAMA; 6. A Instrução Normativa 11/2006, ao trazer a exigência de apresentação de certidão negativa de débitos fiscais, para cadastro no CEPROF/PA, em verdade, buscou certificar que todas as empresas que atuam na exploração extrativista florestal sejam idôneas a exercer atividade de tal importância, porque o direito ao meio ambiente hígido tem natureza difusa e sua proteção é comum entre todos os entes federativos, e a competência legislativa é concorrente entre estes, sendo a exigência a exteriorização do princípio da precaução ambiental, consagrado pela doutrina ambientalista, pela jurisprudência do STJ e sedimentado no princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro (ECO/92); 7. A interpretação a ser dada a Instrução Normativa n. 11/2006, quando dispôs sobre a exigência de apresentação de CND fiscal, deve ser a mais ampla possível, buscando certificar-se a idoneidade das empresas que serão beneficiadas com a concessão de exploração florestal, reduzindo-se ao máximo os riscos de dano ao meio ambiente e assim, a expressão “Certidão Negativa de Débito Fiscal” deve abranger tanto os débitos tributários, quanto os não tributários. 8. Segurança denegada. Decisão unânime. (2015.00958716-11, 144.200, Rel. MARIA DO CEO MACIEL COUTINHO, Órgão Julgador CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Julgado em 2015-03-03, Publicado em 2015-03-24).

Ante o suposto ato ilegal do Secretário do Meio Ambiente do Estado do PA, requereu o impetrante a concessão da segurança, como forma de determinar ao impetrado que se abstinhasse de exigir a CND tributária e/ou a CDN não-tributária, para que o mesmo pudesse ser inscrito definitivamente no CEPROF-PA, condição essencial ao desenvolvimento de sua atividade laboral. Conforme a impetrante, seria ilegal condicionar o registro ao pagamento de débitos para o Estado, e que seria evidente a legitimidade do Secretário do Meio Ambiente do Estado do PA, por ser o responsável pela concessão daquele registro.

Por sua vez, a autoridade coatora suscitou preliminarmente a ausência de interesse de agir da impetrante e, no mérito, aduziu inexistir direito líquido e certo a amparar o mandado de segurança impetrado. A procuradoria de Justiça opinou pela concessão parcial da segurança pleiteada, de forma a se dispensar a apresentação da CND não-tributária, devendo ser apresentada, entretanto, a CND fiscal.

Instada a se manifestar, a parte impetrante aduziu que a ação mandamental não pretendia a obtenção da CND, como alegou a Procuradoria do Estado do PA, mas a declaração de ilegalidade do ato de condicionar o registro no CEPROF-PA à exibição da CND.

A autoridade coatora alegou ausência de interesse de agir, pois faltaria a necessidade da tutela jurisdicional, uma vez que ainda estaria pendente a questão na via administrativa, ou seja, pela Secretaria do Meio Ambiente. Ante a falta de interesse de agir, a parte impetrada requereu a extinção do feito, sem resolução do mérito.

A relatora rejeitou os pedidos liminares alegados pela autoridade coatora, uma vez que seria notório não haver necessidade de esgotamento da via administrativa para se ingressar na via judicial com mandado de segurança, sob pena de afronta ao princípio do acesso à tutela jurisdicional (art. 5º, LXIC da CF/88).

Igualmente, o impetrado alegou pela preliminar da ilegitimidade passiva do Secretário do Meio Ambiente do Estado do PA, uma vez que o mesmo não teria praticado “ato coator”, e que a exigência da CND seria originária da Secretaria da Fazenda do Estado do PA (SEFA) e não da Secretaria do Meio Ambiente (SEMA). A relatora considerou que, por emanar a exigência da CND do Secretário do Meio Ambiente do Estado do PA, e por ter este último praticado o ato coator, por certo, o mesmo deveria configurar, no polo passivo do mandado de segurança, e não o Secretário da Fazenda. Por esse motivo, a relatora rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário do Meio Ambiente do Estado do PA. Foram incluídas as preliminares suscitadas em sessão ordinária, sendo as mesmas rejeitadas à unanimidade de votos.

No mérito, proferiu-se decisão no sentido de concessão parcial da segurança, a fim de a impetrante ser dispensada da apresentação de CND não-tributária. Decorrente disso, houve pedido de vista pelo Des. Ricardo Ferreira Nunes.

Em voto-vista, o desembargador examinou o mérito, o qual foi acompanhado pela relatora. E, à unanimidade dos votos, os desembargadores, que compõem as Câmaras Cíveis Reunidas do TJ/PA, acordaram em denegar a segurança pleiteada.

O julgado trata de mandado de segurança, que se lavrou acórdão com voto-vista, o qual analisou o mérito da questão. Primeiramente, o Desembargador Ricardo Ferreira Nunes analisou a exigibilidade de Certidão Negativa de Débito, com relação às exigências da Instrução Normativa nº 11/2006 e sua consonância com a Constituição Federal. Nesse momento, o intérprete já se utiliza da ponderação. Há, expressamente, as significâncias “colisão”, “ponderação”, “proporcionalidade”, “adequação” e “necessidade”, as quais serão devidamente analisadas. A partir da página 08 do aresto, o desembargador utilizou-se da proporcionalidade como método interpretativo, baseando-se na hermenêutica constitucional.

Antes mesmo de adentrarmos na análise da ponderação em si, impende analisar as máximas parciais da proporcionalidade (*lato sensu*) anteriores à ponderação, quais sejam, a adequação e a necessidade. Ressalta-se que, diante da análise jurisprudencial realizada durante toda a presente pesquisa, constatou-se (expressamente), tão-somente no presente aresto, a satisfeita prática do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ou seja, a realização dos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Destarte, com base na metodologia proposta por Alexy, verificou-se, na presente decisão, correspondência com o princípio da proporcionalidade, ou seja, o julgador preencheu os devidos requisitos para a prática da ponderação, que são: a verificação dos princípios em rota de colisão; os testes da adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, em uma perfeita ordem subsidiária; e, por fim, a fundamentação acerca da decisão de prevalência de um direito em detrimento do outro.

A respeito da colisão entre direitos fundamentais (p. 8 do aresto), há a menção da existência de evidente conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito fundamental da livre iniciativa. Nesse sentido, é imperiosa a fundamentação do julgador, uma vez que o mesmo analisa as alegações, tanto do impetrante, quanto da autoridade coatora.

Com relação às alegações do impetrante, ele refere que a exigência de CND, para qualquer fim, que impedir o cidadão de exercer seu ofício seria inconstitucional, uma vez que versaria sobre o método de coação indireta de pagamento de tributos ou débitos, visto que o Estado possui mecanismos de cobrança como, por exemplo, a execução fiscal.



Adiante, a decisão assevera que a autoridade impetrada, ao *contrario sensu*, declarou que a exigência de CND seria *conditio sine qua non* para verificar se a empresa possui idoneidade. Isso porque, somente com a exigência de tais certidões negativas – de regularidade ambiental, fiscal e criminal – é que se poderia ter certeza do devido andamento do plano de manejo florestal e da atividade empresarial. As certidões, nessa perspectiva, atestariam a regularidade das empresas cadastradas no Cadastro de Exploradores e Consumidores de Produtos Florestais no Estado do Pará (CEPROF/PA).

Ante tais alegações, o desembargador, em voto-vista, deparou-se com o conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito fundamental à livre iniciativa. No âmbito da proteção ambiental, compreendeu-se que permitir atividade de exploração de manejo florestal sem a exigência de apresentação das certidões negativas de débitos – incluindo a ambiental –, seria ato por deveras temerário da SEMA.

Com relação à livre iniciativa, as certidões, segundo o impetrado, impossibilitariam a liberdade de atividade de manejo florestal, o que influenciaria perniciosamente nos aspectos financeiros, fiscais e trabalhistas da empresa. Entretanto, não se encaminhou, nesse sentido, a decisão. Com relação à colisão entre direitos fundamentais evidenciada pelo julgador, o mesmo afirmou o que segue:

Trata-se, ao meu ver, de conflito de dois princípios fundamentais (direito ao meio ambiente hígido e a livre iniciativa) a ser resolvido pelo método da ponderação, sob o prisma da hermenêutica constitucional. A ponderação é atingida pela aplicação do princípio da proporcionalidade.<sup>224</sup>

Na aparência da colisão entre o direito ao meio ambiente e à livre iniciativa, e nos termos da proporcionalidade em sentido amplo, o julgador entendeu ser necessária a prática da ponderação no caso concreto. Antes mesmo de tratar sobre a prevalência de um desses direitos, a decisão apresentou a devida análise das máximas parciais da proporcionalidade precedentes à ponderação: os testes da adequação e da necessidade acerca da exigência das certidões negativas de débito. A esse respeito, *in verbis*:

Nos termos da hermenêutica constitucional vigente, o princípio da proporcionalidade (*lato sensu*) deve ser utilizado para decidir qual norma deverá ser observada no caso concreto. O princípio da proporcionalidade deve ser dividido em três subprincípios. 1. Adequação; 2. Necessidade e; 3. Proporcionalidade *stricto sensu*.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança n° 2015.00958716-11**, p. 08

<sup>225</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança n° 2015.00958716-11**, p. 08.

Quanto à adequação,<sup>226</sup> o magistrado explanou impecavelmente que se trata de reflexão a ser feita pelo intérprete, que determinará se a medida buscada – a exigência de certidão negativa de débitos fiscais – é apta para sanar risco de lesão ao meio ambiente. A medida que exige CND decorre de eventual concessão de registro junto ao CEPROF/PA, para que a empresa comprove idoneidade. Sob essas considerações, o magistrado considerou a exigência de CND, no caso concreto, como sendo uma medida adequada à fomentar o direito fundamental ao meio ambiente. Considerou-se, em *decisium*, que a medida seria adequada, pois possibilitaria a verificação do cumprimento de todas as exigências perante a fazenda pública.

Em relação à necessidade, houve perfeito zelo a esta máxima parcial da proporcionalidade em sentido amplo. O julgado entendeu que a necessidade é a forma de analisar se, entre medidas igualmente adequadas, haveria uma menos onerosa para assegurar um direito em detrimento de outro colidente. Sob a perspectiva da necessidade, o magistrado referiu que:

Penso que sim. A conclusão se infere no fato de que, em verdade a SEMA apenas condiciona a concessão de cadastro no CEPROF, a apresentação da CND fiscal, dentre outros documentos. Não se inviabiliza a atividade do sujeito que pretende exercer a empresa de exploração extrativista florestal. Apenas, se obriga tal sujeito a proceder de maneira mais escorreita possível, em área de importância central em nosso ordenamento jurídico.<sup>227</sup>

Assim, constatou-se que a medida – exigência de CND fiscal – seria necessária para fomentar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em detrimento do direito colidente da livre iniciativa. O fato é que a burocratização envolvendo autorizações, ou certidões negativas para licenciamento de atividades que envolvam o meio ambiente deve ser resguardada. As certidões seriam uma forma de controle pelo Poder Público, com fulcro no princípio da precaução, ante o risco de danos ambientais.<sup>228</sup> Essa medida é necessária por ser a menos gravosa ao meio ambiente, além de não interferir gravemente no direito fundamental à livre iniciativa. Isso quer dizer que a liberdade de atividade de exploração extrativista florestal do impetrante não foi restringida pela medida analisada a ponto de prejudicar o andamento da atividade empresarial e sua liberdade de iniciativa.

---

<sup>226</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança n° 2015.00958716-11**, p. 08.

<sup>227</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança n° 2015.00958716-11**, p. 09.

<sup>228</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança n° 2015.00958716-11**, p. 09.

Finalmente, partiremos para a análise de discurso do uso da técnica da ponderação no presente aresto. A ponderação, no julgado, seguiu fielmente a ordem subsidiária de aplicação dos testes antecedentes a ela, o que foi uma exceção, nos casos analisados até o presente momento.

A proporcionalidade, em sentido estrito, segundo o julgador, foi atendida pela medida da autoridade coatora, por todas as razões já expostas e por ser um conflito que envolveu, de um lado o interesse particular, ou seja, a exploração florestal e, de outro, o interesse difuso, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A proporcionalidade em sentido estrito, desse modo, é evidenciada no julgado, *in verbis*:

Por fim, o último subprincípio (o da proporcionalidade em sentido estrito) também foi atendido, por todas as razões já expostas. É que em um conflito entre um interesse meramente particular (efetuar exploração florestal sem as devidas certidões) e interesse difuso (meio ambiente hígido) este último deve prevalecer.<sup>229</sup>

Nesse aspecto, o tribunal entendeu pela procedência do direito difuso, quando em colisão com um direito individual, conforme os aspectos jurídicos e fáticos avaliados no caso concreto.

Deparou-se, em análise de discurso do presente Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11, julgado pelas Câmaras Cíveis Reunidas, do Tribunal de Justiça do Estado do PA, uma condizente ponderação com a proposta teórica de Alexy. No acórdão, foi constatada a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com o da livre iniciativa, além dos testes parciais da proporcionalidade, que antecedem a ponderação. Em toda a fundamentação do julgador, verificou-se a avaliação dos aspectos jurídicos e fáticos do caso concreto, o que permitiu ao tribunal proferir uma decisão racional e justa.

Impende ressaltar que o desembargador, em voto-visto, parte para além da metodologia do sopesamento e abarca a teleologia das normas, como forma de confirmar sua fundamentação. O mesmo refere que:

Ainda que não se pretenda dirimir a lide pela hermenêutica constitucional, penso que a solução aqui exposta (viabilidade de exigência da CND fiscal para fins de cadastro no CEPROF/PA) atende a própria teleologia de normas positivadas, seja na Constituição Federal, seja na Constituição Estadual, ou nas normas infraconstitucionais.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11**, p. 09.

<sup>230</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11**, p. 09.

Destarte, o julgador, para resolver a lide, se dispôs, não somente da técnica de decisão baseada na teoria de princípios de Alexy (apesar de não fazer referência ao mesmo), mas também a analisar as normas envolvidas no caso e as finalidades de cada uma delas, baseando-se na interpretação teleológica. Isso corrobora no sentido de que a decisão foi devidamente fundamentada, conforme a situação e as normas referentes ao caso concreto. No julgado, não se constatou arbitrariedade e voluntarismo por parte do tribunal.

Apesar do entusiasmo em relação à interpretação teleológica (positivista) somada à técnica da ponderação (pós-positivista), privou-se à análise da ponderação, usada no aresto. Cita-se, entretanto, as considerações normativas alegadas em fundamentação, *vide infra*:

O artigo 29, §4º da Constituição do Estado do Pará prevê que a pessoa física ou jurídica em débito com o fisco, com o sistema de seguridade social, que descumpra a legislação trabalhista ou normas e padrões de proteção ao meio ambiente, [...], não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais, creditícios ou administrativos ou de qualquer natureza, ficando rescindido o contrato já celebrado, sem direito a indenização, uma vez constatada a infração. [...] a lei federal 11.284/2006, por meio de seu artigo 19, estabelece que, além dos outros requisitos previstos na lei 8666/93 (dentre as quais, a CND tributária), exige-se para habilitação nas licitações de concessão florestal a comprovação de ausência de débitos inscritos na dívida ativa relativos à infração ambiental, nos órgãos competentes integrantes do SISNAMA. [...] segundo o artigo 24, VI, é concorrente competência para legislação de proteção ao meio ambiente, cabendo à União Federal expedir normas gerais sobre o assunto. [grifos do desembargador].<sup>231</sup>

Ante todo o exposto e analisado, o magistrado manifestou-se de acordo pela exigência da Certidão Negativa de Débitos Fiscais para cadastro no CEPROF/PA, portanto, julgou-se, por decisão unânime, pela denegação do mandado de segurança. Impende mencionar que o desembargador, no mesmo acórdão, manifesta-se acerca do alcance do termo “certidão fiscal”, utilizando-se, para tanto, das interpretações teleológica e da analogia. O mesmo entendeu que a expressão “certidão fiscal” deve ser compreendida no seu sentido amplo, por analogia à lei de execução fiscal (lei nº 6.830/80), quando diz:

Trago à baila argumentos de duas ordens, sendo o primeiro decorrente de interpretação teleológica e o segundo derivado de analogia à lei de execução fiscal (lei 6830/80). Inicialmente, penso que, apesar do primeiro cerne argumentativo ser pautado em interpretação teleológica, este é o mais importante, considerando que é da natureza da atividade judicante, perquirir o real significado da norma, ou seja, qual o sentido que a autoridade que a emanou buscou. Pois bem, neste ponto, a instrução normativa 11/2006, ao trazer a exigência de apresentação de certidão negativa de débitos fiscais, para cadastro no CEPROF/PA, em verdade, buscou

<sup>231</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11**, p. 09-10.

certificar que todas as empresa que atuam na exploração extrativista florestal sejam idôneas a exercer atividade de tal importância.<sup>232</sup>

O julgado corroborou no sentido de que a exigência de CND fiscal nada mais é do que uma exteriorização do princípio ambiental da precaução. Em relação ao atendimento a tal princípio, o mesmo é citado em decisão, no sentido de ser “[...] invocado em situações onde não se sabe exatamente quais os males ambientais serão causados por determinada atividade.”<sup>233</sup> Portanto, trata-se de um risco incerto e potencial, e onde há dúvida “[...] milita-se em favor do meio ambiente.”<sup>234</sup>

A decisão foi dada com base na interpretação ampla da Instrução Normativa nº 11/2006, que dispôs sobre a exigência de CND fiscal. Acerca disso, o desembargador afirmou que “[...] é necessário adotar o método de integração da analogia. Isso porque, apesar da instrução normativa analisada não explicar o real significado de ‘certidão negativa de débitos fiscais’, podemos nos valer do que prevê a lei 6830/90.”<sup>235</sup>

Essa certidão fiscal, em sentido amplo, permite certificar a idoneidade da empresa, além de reduzir, ao máximo, o risco de dano incerto e potencial ao meio ambiente. O caso evidencia uma decisão mais protetiva ao meio ambiente, pelo sopesamento realizado, além de coadunar com a interpretação teleológica, derivada do ordenamento jurídico, onde se entendeu que o alcance de “certidão negativa de débito fiscal” deve abranger tanto os débitos tributários quanto os não-tributários.

Acerca da análise empírica do caso em si, no que diz respeito à prática da técnica da ponderação, consideram-se suficientes as reflexões sobre o caso.

---

<sup>232</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11**, p. 10-11.

<sup>233</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11**, p. 11

<sup>234</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11**, p. 11.

<sup>235</sup> BRASIL, TJ/PA, **Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11**, p. 12.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proporcionalidade em sentido estrito, ou a ponderação de bens constitucionalmente protegidos, advinda com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2008), tem importante relevância no ordenamento jurídico brasileiro, por ser escolhida como principal instrumento de decisão pelos nossos egrégios Tribunais, nos casos de conflito entre princípios.

As formas de tutela jurídica do ambiente foram aprofundadas nos últimos anos, seguindo o modelo internacional da Declaração de Estocolmo, de 1972. Nossa Carta Magna aderiu esse movimento verde quando introduziu, no rol dos direitos fundamentais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como indispensável para uma vida digna ao homem.

A efetivação da proteção ambiental vincula-se de forma intensa a uma conotação econômica, com fulcro no princípio do desenvolvimento sustentável, o que pode ocasionar inúmeras restrições severas aos direitos fundamentais da propriedade e da livre iniciativa. Sob essa perspectiva, recorrentes são as colisões entre esses direitos e visualizadas na jurisprudência pátria. A presente dissertação tem como objetivo avaliar se a ponderação tem sido utilizada pelos julgadores de maneira adequada, respeitando a racionalidade da decisão e garantindo o princípio da segurança jurídica.

Partindo da fundamentação da Teoria dos Princípios de Robert Alexy e através da análise de discurso de jurisprudências que “se utilizaram” da técnica da ponderação, pôde-se verificar um posicionamento pró meio ambiente pelo Judiciário, ao “ponderar” casos de colisão entre esse último direito fundamental com o direito à propriedade e o direito à livre iniciativa.

A fundamentação desses intérpretes do direito, ao utilizarem a proporcionalidade em sentido estrito, em suas argumentações, ora atenderam algumas das etapas da ponderação sucedidas da Teoria de Alexy – na sua maioria de forma incompleta –, ora evidenciou-se uma notória banalização da expressão “ponderar” ou “ponderação” pelos aplicadores do direito em nosso ordenamento pátrio. Isso significa dizer que há vulnerabilidade desses direitos fundamentais por conta da discricionariedade e voluntarismo dos julgadores.

A ponderação exige do intérprete um cumprimento de etapas, as quais são essenciais para a sua argumentação jurídica de forma justa e em prol da segurança jurídica. A ponderação não pode ser utilizada retoricamente, como respaldo de forma a justificar a prática de voluntarismos e arbitrariedade dos julgadores, ações essas irresponsáveis, das quais muitos direitos fundamentais ficam à mercê. O julgador não pode simplesmente externar seu parecer

pessoal e de forma superficial, uma vez que a fundamentação adequada nas decisões é requisito essencial à efetivação do princípio da segurança jurídica.

Levando em consideração que a tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por vezes, é dada pelo Poder Judiciário, essencialmente, nos casos em que exista colisão entre aquele direito fundamental com o da propriedade e da livre iniciativa, entendemos como essencial a prática da ponderação, com base no princípio da proporcionalidade em sentido amplo e na Teoria de Princípios de Alexy. Desse modo, quando eleita a ponderação como técnica argumentativa, em uma aparente colisão, entre esses direitos fundamentais, o julgador há de respeitar aspectos peculiares da técnica, quais sejam: primeiramente, identificar os enunciados normativos em tensão; posteriormente, apurar os fatos e aspectos relevantes do caso concreto, para, finalmente, proferir uma decisão racional e justa.

Na presente dissertação, objetivou-se a análise empírica de jurisprudências que envolveram colisões entre o direito fundamental ao meio ambiente com os direitos fundamentais da propriedade e da livre iniciativa. Para tanto, foi utilizada a metodologia de pesquisa indutiva/analítica, por meio da análise de discurso de oito acórdãos, agrupados em duas categorias de pesquisa.

Na primeira categoria de pesquisa, foi avaliada a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito fundamental à propriedade, sendo realizada a análise de discurso dos seguintes julgados: Apelação Cível nº 2013.073609-5 do TJ/SC; Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000 do TJ/AL; Agravo de Instrumento nº 70052458874 do TJ/RS; e Apelação Cível nº 70018231142 do TJ/RS.

A segunda categoria de pesquisa abrangeu a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito fundamental à livre iniciativa. A análise de discurso foi realizada nos seguintes arestos: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101 do STF; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540 MS/DF do STF; Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.082253-4 do TJ/SC; e Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11 do TJ/PA.

Impende mencionar que a eleição das jurisprudências, acima descritas, ocorreram pelo fato de se enquadrarem nas subcategorias de pesquisa da “proporcionalidade”, “colisão”, “ponderação”, “adequação” e “necessidade”. Muitos julgados foram examinados, porém muitos deles foram descartados por não condizerem com o objetivo de pesquisa da presente dissertação. Desse modo, o “n” de casos localizados foi de oito jurisprudências, sendo quatro avaliados em cada categoria de pesquisa.

Em apenas uma das amostras analisadas ocorreu a prática exata das leis da ponderação e da colisão propostas por Alexy. Em algumas das decisões analisadas, os julgadores consideraram como sendo sinônimos a proporcionalidade e a razoabilidade. Também ficou constatado que, em alguns dos julgados, se procedeu, implicitamente, com algumas das etapas do sopesamento.

Em relação à proporcionalidade em sentido amplo, não se verificou, na maioria dos julgados, o modelo decisório proposto por Alexy, no que diz respeito ao atendimento das máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, em sentido estrito. Houve casos em que se verificou, mesmo que implicitamente, a existência dos testes da adequação e da necessidade, pelos julgadores. Entretanto, na maioria dos casos analisados, ficou evidente a ponderação como sendo o método de decisão isoladamente eleito, sem os testes antecedentes ao sopesamento.

Diante de toda a explanação, concluiu-se que a proposta metodológica e de argumentação de Robert Alexy, no que diz respeito a sua Teoria de Direitos Fundamentais, não se encontra, na maioria das decisões analisadas, correspondência a uma efetiva e racional ponderação. Conclui-se nesse sentido, principalmente, pelo fato de não serem atendidas subsidiariamente as máximas parciais da adequação, da necessidade e do sopesamento, nas decisões em que houve colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com os direitos fundamentais à propriedade e à livre iniciativa.

Impende ressaltar que, dentre as oito análises, uma delas cumpriu as etapas do método da ponderação, qual seja, o Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará. No referido aresto, o julgador procedeu com os testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, além de analisar todas as peculiaridades do caso concreto, a configuração da colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente com a livre iniciativa, o que corrobora com a teoria proposta por Alexy. Desse modo, ao menos um dos casos correspondeu a uma perfeita ponderação.

Concluiu-se – como resposta à pergunta de pesquisa da presente dissertação – no sentido de que há, efetivamente, uma banalização da expressão “ponderação” na maioria dos casos analisados nesta pesquisa. Nesta perspectiva, corroborou-se que muitos dos aplicadores do direito, ao se depararem com uma colisão entre os direitos fundamentais do meio ambiente, propriedade e livre iniciativa, não se utilizaram da ponderação de forma a atender plenamente aspectos essenciais e racionais da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, confirmando a existência de um decisionismo e um voluntarismo por parte dos julgadores. Isso coloca em risco estes direitos fundamentais, além de desrespeitar o princípio da segurança jurídica. Sem



sombra de dúvidas, ficou evidente a problemática da discricionariiedade nas fundamentações, onde a utilização das significâncias “ponderação”, ou “sopesamento” deu-se de forma *sui generis*, não correspondendo à Teoria de Robert Alexy.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita V. **Propriedade, posse e meio ambiente: uma ponderação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise de Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade Humana, Direitos sociais e o não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015, p.13-38.

\_\_\_\_\_. On balancing and subsumption. In: **Ratio Juris**, 16, 2003, p. 446.

\_\_\_\_\_. Princípios Formais. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.)/ALEXY, Robert. **Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 3-36.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUGUSTIN, Sérgio (org.). **Direito e justiça ambiental: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOROWSKI, Martin *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr./2002.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**, 1988.

\_\_\_\_\_. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2008, DJe 01/06/2012, publicação 04/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 23 maio 2016.

\_\_\_\_\_. STF. **ADC nº 9**, Relator(a): Min. Néri da Silveira, j. em 13/12/2001. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>>. Acesso em: maio de 2015, p. 27.

\_\_\_\_\_. STF. **ADI nº 3540 MC**, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJe 03/02/2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. TJ/AL. **Agravo de Instrumento nº 0801245-94.2014.8.02.0000**, Relator(a): Des. Elizabeth Carvalho Nascimento, julgado em 28 de Agosto de 2014. Disponível em: <<http://tjal.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137113799/agravo-de-instrumento-ai-8012459420148020000-al-0801245-9420148020000/inteiro-teor-137113809?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 23 maio 2016.

\_\_\_\_\_. TJ/PA. **Mandado de Segurança nº 2015.00958716-11, CNJ 0000760-65.2012.8.14.0000**, Câmaras Cíveis Reunidas, Relator(a): Des. Maria do Ceo Maciel Coutinho, julgado em 03 de março de 2015, publicado em 24 de março de 2015. Disponível em: <<http://webconsultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportal/consulta/principal?detalhada=true>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. TJ/SC. **Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.082253-4**, de Tubarão, Rel.: Des. Jaime Ramos, julgado em 08/03/2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000KAF40000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4254043&pdf=true>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. TJ/SC. **Apelação Cível nº 2013.073609-5**. Relator(a): Des. Sérgio Roberto Baasch, julgado em 02/07/2014. Disponível em: <[Luzhttp://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000Q4YC0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7017830&pdf=true](http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000Q4YC0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7017830&pdf=true)>. Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. TJ/RS. **Apelação Cível nº 70018231142**, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator(a): Des. Mara Larsen Chechi. Julgado em 30 de Março de 2009. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas\\_k=70018231142&num\\_processo=70018231142&codEmenta=2842065&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70018231142&num_processo=70018231142&codEmenta=2842065&temIntTeor=true)>. Acesso em: 12 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. TJ/RS. **Agravo de Instrumento nº 70052458874**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): Des. Arno Werlang, julgado em 14 de Agosto de 2013. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas\\_k=70052458874&num\\_processo=70052458874&codEmenta=5399718&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70052458874&num_processo=70052458874&codEmenta=5399718&temIntTeor=true)>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL, Luciana Leão. **Michel Pêcheux e a Teoria da Análise de Discurso: Desdobramentos importantes para a compreensão de uma tipologia discursiva**. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/lep/article/viewFile/32465/17293>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BÜHRING, Marcia Andrea et al. **Direito ambiental: um transitar pelos direitos humanos e o processo: anais do XII Congresso Interdisciplinar do CCJU da Universidade de Caxias do Sul, 2015**. Caxias do Sul: Educs, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: Ciência para uma vida sustentável**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHINELLI, Bianca Amoretti. Áreas de proteção permanente: colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito fundamental à propriedade. In: BÜHRING, Marcia Andrea. **Função socioambiental da propriedade**. Caxias do Sul: Educs, 2016, p. 69-81.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia; BASSOLI, Marlene Kempfer. Livre iniciativa: Síntese filosófica, econômica e jurídica. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 4, n. 1, p. 155-172, Jan/Abril 2009.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito Fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

KRELL, Andreas J. A relação entre a proteção ambiental e função social da propriedade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão. In: **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEFF, Enrique. Reapropriação social da natureza. In: LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MORAES, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF/ coordenador Lenio Streck** – Salvador: Juspodium, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972.

PULIDO, Carlos Bernal. **Estructura y límites de la ponderación**. 1989. Disponível em: <<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. KRELL, Andreas J. ... [et al.]; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito à saúde e proteção do ambiente na perspectiva de uma tutela jurídico-constitucional integrada dos direitos fundamentais socioambientais (DESCA). In: **Boletim do Instituto de Saúde**, vol. 12, n. 3, Dez. de 2010, p. 248-253. Disponível em: <<http://portal.saude.sp.gov.br/instituto-de-saude/bis/bis-volume-12-n-3>>. Acesso em: 12 maio 2016.

STEINMETZ, Wilson; AUGUSTIN, Sérgio (orgs). **Direito Constitucional do ambiente**. Teoria e Aplicação. Caxias do Sul: Educs, 2011.

\_\_\_\_\_. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2005, p. 541-558.

\_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, 2006, p. 23-51.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363-380.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2003, p. 607-630.

SIMIONI, Rafael. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do Direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1993.

WEDY, Gabriel. O princípio da precaução no Direito Ambiental: comentários ao acórdão na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540/DF do Supremo Tribunal Federal. Data do julgamento: 01.09.2005. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Julgamentos históricos do Direito Ambiental**. Campinas: Milenium, 2010, p. 175-197.