

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
COORDENADORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PROGRAMA DE MESTRADO

FREDERICO COSTA DE BONI

**O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO COERCITIVO-
INIBITÓRIO DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVO-AMBIENTAL**

CAXIAS DO SUL

2014

FREDERICO COSTA DE BONI

**O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO COERCITIVO-
INIBITÓRIO DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVO-AMBIENTAL**

Dissertação submetida à Universidade de
Caxias do Sul para a obtenção do título de
mestre em direito.

Orientador: Professor Doutor Jeferson Dytz
Marin

CAXIAS DO SUL

2014

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

D287p De Boni, Frederico Costa
O poder de polícia ambiental como instrumento coercitivo-inibitório
de jurisdição administrativo ambiental / Frederico Costa de Boni. - 2014.
107 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de
Pós-Graduação em Direito, 2014.
Orientação: Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin.

1. Direito ambiental. 2. Meio ambiente – Aspectos legislativos . 3.
Poder de polícia. 4 – Direitos fundamentais. I. Título.

CDU 2.ed. : 349.6

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental	349.6
2. Meio ambiente – Aspectos legislativos	502.14
3. Poder de polícia	351.74
4. Direitos fundamentais	342.7

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Márcia Servi Gonçalves – CRB 10/1500



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

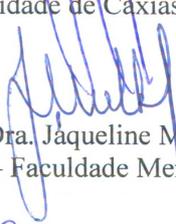
**“O Poder de Polícia como Instrumento Coercitivo – Inibitório de Jurisdição
Administrativo Ambiental”**

Frederico Costa de Boni

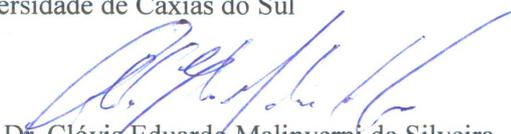
Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada
pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito –
Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos
necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de
Concentração: Direito Ambiental e Novos Direitos

Caxias do Sul, 18 de Março de 2014.


Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul


Profa. Dra. Jaqueline Mielke Silva
IMED – Faculdade Meridional


Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli
Universidade de Caxias do Sul


Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira
Universidade de Caxias do Sul

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
Sistema de Bibliotecas



CIDADE UNIVERSITÁRIA

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – B. Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone / Telefax (54) 3218 2100 – www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGCTE 029/0089530

Dedico este trabalho aos meus pais Paulo e Josi, que com muito amor se empenharam para me dar condições de acesso à educação; ao meu irmão, Matheus, pelo desde sempre companheirismo e amizade. Por fim, ao meu amor, Bianca, pelo amor, compreensão e imprescindível incentivo recebido desde o processo seletivo ao mestrado.

Em que pese a redundância, agradeço a Deus, por ter possibilitado que eu tivesse oportunidade de me graduar e pós-graduar; à minha noiva Bianca pelos incentivos; ao meu orientador Jeferson Dytz Marin, pela paciência e ensinamentos despendidos em sala de aula e ao longo da elaboração da presente pesquisa; bem como aos meus grandes companheiros e amigos adquiridos ao longo do mestrado, em especial ao Rene Keller e Vanderlei Schneider, que de certa maneira fizeram com que as dificuldades e barreiras encontradas ao longo do curso fossem amenizadas e transpostas com maior facilidade.

“O processo do conhecimento está representado pela passagem das sombras e imagens turvas ao luminoso universo de ideias. Tudo aquilo que não pode ser visto claramente no plano da sensibilidade acaba se transformando em objeto de crença a partir do momento em que temos condição de percebê-lo com nitidez.”

Platão

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade de Caxias do Sul/RS à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O ordenamento pátrio de origem Romano-Germânica, ou seja, o *Civil Law*, perdeu sua referência basilar com o passar dos tempos. Isto é, com a avaliação dos instrumentos que dispõe a administração para a efetivação de direito fundamental ao meio ambiente, analisando ao poder de polícia e suas características, entre as quais a da indelegabilidade para a administração pública indireta, da discricionariedade, da autoexecutoriedade e da coercibilidade, se chega a conclusão que esse passa pela mesma crise administrativa que avassala o poder de polícia judicial, e o direito processual, eis que eivado de vícios mecanicistas, de dogmatismos, bem como da falta de efetiva discricionariedade ao aplicador de medidas coercitivas.

Necessário se fez o estudo do nascimento dos direitos humanos, passando da primeira, para a segunda, terceira e quiçá quarta geração, bem como análise da formação dos Estados do Absolutismo ao Liberal e ao Social. Ainda, imprescindível o reconhecimento da implementação do Estado Democrático de Direito, com a passagem à fase constitucional, inclusive no ordenamento pátrio, quando fora chancelado e positivado o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental de terceira geração.

Urge a necessidade de revisitar o Direito Romano-Canônico, no qual se vislumbrava a figura dos *Interditos*, bem como a função de *imperium* que exercia o *preteur*, que caiu por terra com o passar dos anos, em especial devido a mudanças que foram permeadas com a presença do Direito Canônico, individualista. Resta salutar o resgate a referido instituto, bem como a análise ao *Common Law*, através do instituto do *Contempt of Court*, eis que ambos traduzem em maior discricionariedade e parecem significar medidas coercitivas mais enérgicas na busca da tutela do bem fundamental.

Por fim, cabe relevar a importância da filosofia, da busca ao diálogo, em especial da Retórica, com o fito de resgatar a efetividade da promoção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e ao Estado de Direito Ambiental.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais - Poder de Polícia Ambiental – Instrumentos de Coerção – Jurisdição Administrativo Ambiental

ABSTRACT

The ordering of our State origin, Romano - Germanic , the Civil Law , has lost its reference over the years. This is, evaluating the tools available to management for the realization of that fundamental right, by analyzing the police power and its features, including the indelegability for the indirect public administration, the discretion, the self enforceability and coercivity, one reaches the conclusion that passes through the same administrative crisis that overwhelms the power of judicial police, with a lot of mechanistic addictions, dogmatism, and the lack of effective discretion to the applicator coercive measure.

It was necessary to study the birth of human rights, from the first to the second, third and maybe fourth generation, as well as analysis of the formation of the Social Liberal State. Also essential to recognize the implementation of a democratic state, with the passage of the constitutional phase, including the paternal order, when out sanctioned the right to a balanced environment as a fundamental right of third generation.

There is an urgent need to revisit the *Roman Canonic Law*, which clearly showed the figure of Interdits as well as the function exercised *preteur*, which collapsed over the years, particularly due to changes that were permeated with the presence of *Canonic Law*. Remains salutary rescue the institute said, as well as analysis to *Common Law*, through the office of the *Contempt of Court*, behold both translate into greater discretion and mean stronger enforcement measures in the pursuit of protection of the fundamental right. Finally, must be elevated the importance of philosophy, search for dialogue, especially of Rhetoric, with the aim of rescuing the effectiveness of promoting the fundamental right to a balanced environment and to Environmental Law State.

KEYWORDS

Fundamental Rights - Power Environmental Police - Instruments of Coercion - Environmental Administrative Jurisdiction

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E MEIO AMBIENTE	15
1.1 Contornos Históricos dos Direitos Fundamentais.....	15
1.2 Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito.....	20
1.3 O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e Instrumentos de Jurisdição Ambiental.....	30
2 PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL	38
2.1 A Jurisdição Administrativa-Ambiental.....	38
2.2 O Poder de Polícia Ambiental.....	43
2.3 A Indelegabilidade do Poder de Polícia	53
3 JURISDIÇÃO, CRISE, MEIO AMBIENTE E PODER DE POLÍCIA	61
3.1 A Influência da Herança Privatista da Jurisdição no Processo Administrativo Ambiental.....	62
3.2 Os Instrumentos de Jurisdição Coercitiva, o <i>Common Law</i> e os <i>Interditos</i> Romano-Canônicos.....	69
3.3 O Poder de Polícia como Jurisdição Coercitiva Ambiental e a Importância da Retórica.....	79
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

INTRODUÇÃO

Entre os inúmeros aspectos que a temática enunciada suscita, pretende-se desenvolver na pesquisa a questão do poder de polícia como instrumento de coerção e inibição de jurisdição administrativo-ambiental. Com esse pano de fundo, se trará, ainda, a análise do modelo adotado no Brasil, *Civil Law*, em detrimento a ordenamentos alienígenas, em especial a *Common Law*, ao Direito Romano-Canônico e à retórica, bem como se fará análise da (i)legitimidade das fundações públicas de defesa do meio ambiente dotadas de personalidade jurídica de direito privado, as quais possuem como atribuição o poder de polícia o qual é, a priori, indelegável.

No primeiro capítulo se trará a ideia de que sabidamente é de grande dificuldade precisar os direitos do homem, que estão em constante modificação em vista das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que eram absolutos no final do século XVIII, foram submetidos a radicais delimitações nas declarações contemporâneas. Direitos sociais que nem eram mencionados, são agora proclamados com ostentação, o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas. Isto é, com a passagem do Estado Absolutista, para o Estado Liberal ao Estado Social, se verifica que os bens e interesses vão se alterando, donde decorre a necessidade de análise e reflexão dessas mudanças.

Neste diapasão, e em vistas ao *Welfare State*, Estado que visa o bem estar social, uma vez que finalmente a proteção do ambiente é alçada ao status constitucional de direito fundamental, nos termos do art. 225 da Constituição brasileira, segundo a qual “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, disso resulta incumbências para o Estado e a coletividade. Ademais, fomenta a fundamentalidade do direito ao ambiente, mesmo estando esse fora do catálogo dos direitos fundamentais, o fato de que o próprio art. 5º, §2º da CF/88 faz materialmente aberto esse mesmo catálogo. Assim, resta claro que o grande dilema da atualidade, não é o de classificar os direitos humanos e fundamentais em 1ª, 2ª, 3ª ou 4ª geração, mas sim de promovê-los, daí a importância de contextualizá-los ao longo da história até os dias hodiernos.

A fim de possibilitar a proteção do Direito Fundamental ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado, o Estado contemporâneo criou diversos órgãos e mecanismos para dar efetividade a tutela ambiental. Entre os órgãos, podemos destacar o IBAMA, FEPAM/RS (Fundação Estadual de Proteção Ambiental), bem como entre os mecanismos, entre os quais merece destaque o termo de ajustamento de conduta, estudo de impacto ambiental, relatório de impacto ambiental, licenciamento ambiental, autorização administrativa, multa, pena restritiva de direitos, entre outros.

No que concerne ao controle dos riscos ambientais, desempenha papel de destaque, conforme a Política Nacional do Meio Ambiente, um importante instrumento de orientação, qual seja, o Poder de Polícia a que alguns desses entes são dotados. Poder de Polícia esse que tem, ou deveria ter, como fulcro a instrumentalidade coercitiva-inibitória, nos termos acima.

Nesta esteira, frente à crescente preocupação com os aspectos ambientais, necessário se faz uma análise dos instrumentos de coerção-inibição a que é dotado o poder de polícia administrativo ambiental, como meio de coibir a degradação ao meio ambiente e de se atingir ao fim maior, que é a proteção ao direito fundamental, no caso telado do bem ambiental. Diante desse panorama, urge contextualizar e verificar se, por parte da administração efetivamente há o alcance desejado no que concerne à efetividade do poder de polícia e, no que concerne ao poder judiciário em rechaçar os atos administrativos, bem como legislações inconstitucionais, através do seu controle judicial, corolário do Estado Democrático de Direito, exurgindo a urgente análise da legitimidade do Poder de Polícia a que é dotada a FEPAM/RS, na qualidade de fundação pública dotada de personalidade jurídica de direito privado.

A partir daí, se fará a análise do poder de polícia propriamente dito, suas características, bem como o poder de polícia ambiental no qual se verificará os instrumentos disponíveis no ordenamento pátrio, e se são capazes de dar uma resposta efetiva, ante à herança privatista decorrente do Direito Romano, baseado em interesses individuais que acomete nosso ordenamento, gerada nas filosofias mecanicistas, nas verdades eternas e nos dogmas.

Assim, com o fito de dar efetividade ao poder de polícia como instrumento coercitivo-inibitório de jurisdição administrativo-ambiental, cujos atributos são a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, nos termos do segundo capítulo, se faz necessário verificar e criticar as concepções privatistas que avassalam o ordenamento pátrio, que são inapropriadas em face da natureza transindividual do direito ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado.

Isto é, restará por se desenvolver a avaliação no que concerne a herança que permeia nosso ordenamento, bem como o que restou alterado, já que em tempos idos, o Direito Romano diferia em muito desse Direito que sustenta o sistema pátrio. Não obstante intitularmos o ordenamento de Direito Romano-Germânico, sua origem em muito pouco tem relação com o que efetivamente verificamos na atualidade. Ocorre que, com o processo de humanização, com a crítica e condenação ao direito bárbaro, em que o devedor respondia com o próprio corpo e não com a ideia da *res e*, por fim, com a intervenção do cristianismo, o antigo *preteur* perdeu sua força de *imperium*, restando a *actio* como regra ao processo e, por conseguinte ao próprio processo administrativo, e daí ao poder de polícia administrativo, que restou ordinarizado.

A crise é de extrema complexidade e aborda, também outros aspectos. Isto é, resta claro que se mostra inviável e contraditório, pelo menos na imensa maioria das vezes, vivermos em um Estado em que o sistema econômico adotado é o Capitalista, ou seja, excludente por sua própria natureza, enquanto o Sistema Político é o do Bem Estar Social, do Estado Democrático e Social, consoante reza nossa Lei Maior, ao estabelecer direitos sociais e ali consagrá-los. Daí que, novamente, enfrentaremos o debate de que essa crise não é somente no ordenamento, mas é uma crise do nosso Estado Social e, paradoxalmente, excludente.

Seria o caso de quebrarmos essa barreira ideológica que permeia o Estado, ante a necessidade de tutelarmos, no caso telado, ao meio ambiente, imprescindível para a presente e futuras gerações, baseados em ordenamentos alienígenas, entre esses o *Common Law*, à exemplo da Inglaterra, onde se percebe que o desrespeito de uma determinação tem grande importância, ante ao instituto do *Contempt of Court*. Instituto esse que representa a evidente personalização da responsabilidade, inclusive com a possibilidade de prisão, o que já se pode perceber com a inserção no Código de Processo Civil, em seu Artigo 14, Inciso V, que veda ato contrário a uma ordem judicial.

Ora, verificar-se-á que não se trata de esvaziar a ideologia enraizada no nosso país, nem tampouco de romper com os laços de tradição do nosso sistema eis que sabidamente não possuem qualquer correlação com o ordenamento anglo-saxão, mas de flexibilizá-los, o que efetivamente e aparentemente vem acontecendo ao longo dos anos através do Direito Comparado. Ademais, a efetiva avaliação da tradição Romano-Canônica se faz presente no ordenamento como fora sua acepção, com os *Inderditos*. *Interditos* esses que representavam o poder de *imperium* do *preteur*, ou seja, que atribuía alçada e força às

decisões desse, que não eram tão somente e necessariamente tão atreladas à legislação. Referidos institutos poderiam, quem sabe, traduzir em efetividade o poder de polícia ambiental como instrumento coercitivo-ambiental em face dos interesses difusos.

Nessa quadra, exsurge a necessidade de continuidade na aproximação dos ordenamentos alienígenas e, em especial, à releitura dos *Interditos* Romano-Canônicos, bem como do resgate da filosofia, na revisita à Retórica, já que essa certamente tem capacidade de auxiliar no rompimento dessa crise exponencial vivida pelo direito processual. Essa privilegia o *logos*, a palavra, o diálogo, o que significa dizer que superaria o dogmatismo, essa herança positivada e geométrica do direito Romano-Germânico, com o fim do aperfeiçoamento dos instrumentos de jurisdição coercitiva ambiental para que efetivamente não somente se busque o reconhecimento e a classificação desses direitos sociais, entre os quais o do bem ambiental, mas que efetivamente esses restem promovidos.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E MEIO AMBIENTE

O surgimento dos Direitos Fundamentais remete a tempos idos e em especial na contribuição do cristianismo e da filosofia, onde surgiram os chamados Direitos do Homem, que salvaguardavam, em especial, valores ligados à dignidade da pessoa humana. A positivação desses direitos veio posteriormente, na Inglaterra e após, na França, representando um marco à história dos Direitos Fundamentais, a carta francesa dos direitos do homem, datada de 1789, que se deu com a Revolução Francesa. Vale referir que, nessa senda, desde os primórdios do surgimento da filosofia, na Grécia antiga, já havia a contemplação à natureza por parte do homem.

A importância e o desenvolvimento contínuo dos Direitos do Homem se deu e se dá ao longo da história e se reflete em nossa sociedade hodierna. Isto é, com o fito de concretização de um Estado Democrático de Direito, advindo após as chamadas revoluções liberais, necessária se faz a sustentação e aprimoramento desses direitos, sendo que de modo a garantir o alcance do povo a determinados direitos básicos, o Estado de Bem Estar Social, *Welfare State*, se mune de instrumentos para sua efetivação e preservação.

Assim, com o desenvolvimento de uma ciência dotada de inúmeros mecanismos tecnológicos que serviram para verificar a degradação ambiental herdada pela humanidade ao longo do desenvolvimento da indústria, se percebeu, bem como se verificou a importância do meio ambiente para a garantia do direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana. Direito Fundamental esse norteador e base para o desenvolvimento dos demais Direitos Fundamentais, entre os quais o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que restou por ser positivado em nossa Carta Maior, tendo o reconhecimento como Direito Fundamental de Terceira Geração e alcançado o *status de Cláusula Pétrea*.

1.1. Contornos Históricos dos Direitos Fundamentais

É de primordial importância a correta compreensão do surgimento e evolução dos direitos fundamentais e do homem no presente contexto. Isto porque, consoante K. Stern e Bolzan de Moraes o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras constituições, passam por três etapas: a) uma pré-histórica, que

se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.¹

Cumprir parafrasear Norberto Bobbio ao afirmar a dificuldade de precisão do que são os direitos do homem, concluindo que o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que eram absolutos no final do século XVIII, foram submetidos a radicais delimitações nas declarações contemporâneas, direitos sociais que nem eram mencionados, são agora proclamados com ostentação, o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas.² Para o autor, o problema fundamental aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los.³

Resta oportuno destacar a importância da religião, no pensamento cristão e da filosofia no surgimento de primeiros movimentos (pré-histórico) no que se refere aos direitos do homem. Em especial valores da dignidade da pessoa humana, e da igualdade entre os homens.⁴

Entre os pensadores que fomentaram o surgimento dos direitos do homem, traz-se à baila São Tomás de Aquino, filósofo cristão da Idade Média, autor de profundo estudo sobre a dignidade humana e direito natural.

Nos séculos XVI/XVII, os direitos surgiram como proteção contra o Estado e, nesse sentido, traz-se à liça a ideia e concepção de dois filósofos da época. Primeiramente, sobre Thomas Hobbes, autor da celebre frase “o homem é o lobo do homem”, resta evidenciada a personalidade individualista do homem que como tendência geral de todos os homens um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a

¹ Cf. K. Stern, *Straatsrecht III/1*, ob. Cit. em Sarlet, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.56.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

³ Op. Cit. p. 23.

⁴ SARLET, Ingo. Op. cit., p. 38.

morte.⁵ Para o autor, se não existisse em Estado capaz de organizar a sociedade, não haveria paz interna, pois na luta contra pela autopreservação, ocorreria uma constante guerra de todos contra todos, pois enquanto cada homem detivesse seu direito de fazer tudo quanto queira, a condição de guerra seria permanente para todos.⁶

Resta clara importância de um Estado soberano para a permanência da paz, conforme expõe Hobbes. Sobre o tema, George Marmelstein afirmou que:

Hobbes defendia que o soberano deveria possuir um poder absoluto, sem qualquer limitação jurídica ou política. Nada que o soberano fizesse poderia ser considerado injusto, até porque ele seria o juiz de seus próprios atos e ninguém poderia questioná-lo. O soberano julgava, mas não poderia ser julgado. O soberano legislava, mas não estava submetido à própria legislação que ele editava. Enfim, o soberano podia tudo e somente prestava contas a Deus.

Naturalmente esse foi o argumento teórico usado para justificar o chamado Estado Absoluto, que foi o modelo político adotado por praticamente todos os países ocidentais que se destacaram durante os séculos XV a XVIII.⁷

A mesma ideia ganhou destaque com o filósofo Maquiavel, que em sua obra esclarece que existem dois modos de manter o poder. Com base nas leis, próprio do homem e com base na força, próprio do animal. Se não for suficiente o primeiro, convém recorrer ao segundo. Portanto, conforme o filósofo, o importante para o príncipe era saber comportar-se como homem e como animal.⁸

John Locke (1632-1704) é o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, através do contrato, inclusive aos detentores do poder, conferindo uma finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo.⁹ Assim, emerge a ideia do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII.¹⁰

Neste sentido, o documento divisor de águas no que concerne à evolução dos direitos humanos, surge em 1215, na Inglaterra, através do pacto firmado pelo Rei João Sem –Terra, sendo a *Magna Charta Libertatum*, que serviu como ponto de referência para

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 78.

⁶ HOBBS. Ob. Cit., p. 102.

⁷ MARLMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe: Obra Completa com Comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007, p. 137.

⁹ PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Los Derechos Fundamentales*, 6 ed., Madrid: Tecnos, 1995, p.31.

¹⁰ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 122-3.

alguns direitos e liberdades civis clássico, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade.¹¹ Cumpre ressaltar que esses direitos civis surgem como enunciações gerais do direito costumeiro¹², resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa.¹³

Nesse contexto, e com a noção desenvolvida por alguns filósofos da época, entre os quais, o supramencionado John Locke, é que a classe burguesa em crescente expansão se volta contra o Estado Absolutista. A burguesia almejava não apenas dominar o poder econômico, mas o político. Foi assim, da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo monarca, que nasceu a primeira noção de Estado de Direito.¹⁴

Em que pese comumente tornar-se a Revolução Francesa como parâmetro (Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789) não podemos descuidar do fato de que na Inglaterra, por suas características peculiares de maior centralização do poder nas mãos do rei, mesmo durante a Idade Média, em 1215, temos a já mencionada Magna Carta que visava a evitar a concentração de poder nas mãos do Monarca.¹⁵ Surgem as citadas *Petition of rights*¹⁶ e *Bill of rights*, quase cem anos antes da Declaração Francesa¹⁷.

Sobre o direito de Liberdade, que teve seu marco com a Revolução Francesa, cumpre trazer a definição dessa de Kant, que a define numa passagem de Paz Perpétua como “*a liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer a leis externas às quais pude dar o meu assentimento.*”¹⁸

Neste diapasão, com o surgimento das primeiras Constituições e o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais, que têm o caráter de complementariedade, e não de alternância¹⁹, resta claro que o termo gerações se refere a

¹¹ PEREZ LUÑO, Ob. cit., p. 33.

¹² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa, de 1979. Editora Almedina, 2012, p. 26.

¹³ H.P. Schneider, in REP n.º 7 (1979), in Ingo Sarlet, ob cit. p. 42.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 41.

¹⁵ MATEUS, Cibele Gralha. Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: O caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 32.

¹⁶ Conforme Menaut, Antônio Carlos Pereira. Leciones de Teoria Constitucional. Madrid: Colex, 1997, p. 339, previsão da Grande Constituição das Liberdades Inglesas que proibia que homens (leia-se homens ingleses) perdessem seus direitos senão através do juiz competente.

¹⁷ Ob cit., p. 340, declaração que referia, conforme Menaut, que os direitos e liberdades que os Lordes e Comuns supera-se ao estado das coisas.

¹⁸ KANT, Immanuel. À Paz Perpétua, Porto Alegre: L&PM Editores, 1989, p. 152.

¹⁹ SARLET, Ingo, ob. cit., p 45.

dimensões e não substituição dos direitos fundamentais.

Os direitos de cunho “negativo”, no sentido de abstenção por parte do Estado, eivado do pensamento liberal-burguês, em que se enfatiza o indivíduo como ente de direitos, são os de primeira geração, sendo que esses são os direitos à liberdade, propriedade, à vida e a igualdade. Contudo, esses direitos liberais e a não intervenção do estado não foram capazes de satisfazer as exigências sociais nascidas nesse novo contexto, sendo necessário que o Estado de Direito passasse à Estado Social de Direito, pois conforme Gehlen, a hegemonia da burguesia levaria ao colapso do Estado de Direito.²⁰

Nesse contexto, surgem movimentos e críticas ao Estado Liberal, em especial através de Karl Marx e Engels, mais precisamente na obra Manifesto Comunista, em que apontava a intensa exploração e alienação a que estava submetida o proletariado sem condições mínimas sociais, almejando por um mecanismo estatal sem a intensa exploração e a igualdade econômica entre as classes (luta das classes).

Nesse condão, os direitos sociais de segunda geração, ante a necessidade de serem proporcionados pelo ente estatal através de um ato “positivo”, se constituem em um “direito de participar do bem-estar social”²¹, carecterizando-se como assistência social, saúde, educação, trabalho, direito de greve, jornada de trabalho, entre outros.

Com efeito, conforme Tereza Negreiros, à tutela da dignidade da pessoa humana corresponde não apenas os tradicionais direitos individuais, mas igualmente os chamados direitos sociais, que reordenam as relações entre o Estado e a sociedade, impondo a todos o ônus de tornar a sociedade mais justa.²²

Ainda sob efeito da primeira guerra e recém superadas as atrocidades da segunda guerra verificou-se os nefastos efeitos dessas para a humanidade. Assim, apesar de a fundamentalidade pelos direitos sociais já ter iniciado anteriormente, os países passam a preocupar-se mais com a questão dos direitos fundamentais sociais, assumindo uma série de obrigações para si no intuito de garantir condições mínimas de existência com dignidade para sua população. A partir de então, como reação às desumanidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, embora não exclusivamente por isso, a dignidade da pessoa

²⁰ GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Vo. O chamado direito civil constitucional. In: COSTA, Judith Martins. A reconstrução do direito privado. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002, p. 174.

²¹ C. Lafer. A reconstrução dos direitos humanos, p. 127.

²² NEGREIROS, Tereza. Teoria do Contrato: novos paradigmas. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 19.

humana passa a ser núcleo axiológico dos ordenamentos jurídicos.²³

Emergem os direitos de terceira dimensão, cujo titular não é mais o indivíduo, o ente individual.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.²⁴

Cumprir trazer a baila a lição de Pérez Luño ao passo de que para o autor os direitos fundamentais de terceira geração podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado “poluição das liberdades”, que caracteriza o processo de degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias.²⁵ Nessa perspectiva, o autor vai ao encontro do pensamento de Norberto Bobbio, cumprindo fazer referência à relevância significativa assumida no que se refere ao direito ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida.

Inobstante a classificação ora apresentada no que concerne às dimensões e gerações de direitos humanos, resta claro na doutrina a suposta existência de direitos de quarta geração, decorrentes das mencionadas novas tecnologias e direitos transindividuais.

Contudo, mais que analisar a classificação das dimensões dos direitos humanos, nos filiamos à ideia de promoção e cooperação entre estados, entes e indivíduos para a efetivação e subsistência dos direitos fundamentais ora consagrados e alcançados ao longo da história.

1.2. Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito

Passadas quase três décadas da promulgação da Constituição Federal de

²³ FERNANDES SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. In: SARLET, Ingo (Org.) *jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

²⁴ C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 131.

²⁵ A.E. Pérez, Luno, in RECEC .º 10 (1991), p. 206.

1988, é possível afirmar que o debate em torno da efetividade dos direitos humanos²⁶ (em se considerando justamente a falta de efetividade) segue atual, constituindo-se um dos maiores desafios para o Estado e a sociedade, assumindo sobremaneira importância as formas de financiamento para sua implementação, pois paradoxalmente a arrecadação dos tributos vem superando recordes históricos.²⁷

A crescente judicialização de demandas pleiteando a concretização de direitos humanos, notadamente em relação ao direito à saúde, tem provocado os operadores do Direito, em especial do Estado-Juiz, a analisar questões como alocações de recursos, controle das ações da Administração nessa esfera, e até mesmo a garantia à proteção desses direitos na esfera das relações particulares.²⁸ Por esse motivo, vem crescendo o número daqueles que se dedicam à discussão do tema que nos propomos a analisar nesta dissertação, evidenciando sua importância no ordenamento jurídico.

Uma análise da problemática envolve o direito constitucional, tributário, financeiro e econômico, sendo, por esse motivo, uma abordagem isolada de cada uma dessas disciplinas insuficiente para o estudo. É imprescindível compreensão dos mecanismos de “financiamento que a Sociedade realiza (direito tributário) a fim de permitir ao Estado (direito financeiro) a concretização dos direitos humanos (direito constitucional) estabelecidos em seu ordenamento jurídico, especialmente os de 2ª dimensão (direito econômico).”²⁹

Ademais, a Constituição erigiu por *Fundamentos* (artigo 1º) a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, e por *Objetivos* (artigo 3º) construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e

²⁶ Não desconhecemos a diferença conceitual entre “direitos humanos (direitos numa esfera global), válidos para todos os homens em todos os lugares, de direitos fundamentais (direitos tutelados e consagrados na constituição de um país)”, direitos que o Direito vigente de cada Estado assim o qualifica. No entanto, nesse momento utilizamos como sinônimos. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

²⁷ Os brasileiros pagaram uma quantia recorde de impostos e contribuições no ano passado. Segundo dados divulgados nesta sexta-feira, 27, pela Receita Federal, a arrecadação federal somou R\$ 969,907 bilhões no ano passado. O volume representou um crescimento de R\$ 143,388 bilhões em relação ao verificado em 2010, que já havia sido o maior da história até então, quando totalizou R\$ 897,988 bilhões. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,brasileiros-pagaram-valor-recorde-de-impostos-e-contribuicoes-em-2011,100809,0.htm>> Acesso em 09/04/13, as 00:15.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

²⁹ SCAFF, Fernando Facury. Como a Sociedade Financia o Estado Para Implementação dos Direitos Humanos no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). Constitucionalismo, tributação e direitos humanos. São Paulo: Renovar, 2007, p. 2.

reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nesse contexto, as políticas públicas a serem desenvolvidas pelos governantes brasileiros devem se pautar pelos *Fundamentos* a fim de alcançar os *Objetivos* traçados pelo constituinte originário.

Sobre políticas públicas, cumpre trazer à liça o entendimento de Bucci de que essas

como programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e das atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar realizar os objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.³⁰

Dito isso, a tributação no Estado Social Fiscal, que é o Estado Democrático de Direito de nossos dias, passa a instrumento de concretização de políticas públicas em verdadeiro benefício para a sociedade brasileira face os valores objetivados na Constituição Federal de 1988. Assim, o Estado na busca de receita para financiar suas atividades, para além de respeitar as liberdades individuais (*status negativus*), deve almejar a maximização dos direitos sociais (*status positivus*), consoante previsão de Luciano Benetti Timm:

A doutrina brasileira caminha para um consenso de que estes direitos fundamentais, com previsão constitucional, envolvem não apenas direitos negativos (abstenções do Estado na esfera privada) – também chamamos de direitos de proteção -, bem como os deveres positivos ou prestacionais (atuações do Estado na prestação de serviços públicos) – seja de maneira direta, seja pela via indireta das concessões e permissões. Os constitucionalistas também têm admitido (em maior o menor grau) a discussão sobre os limites orçamentários à consecução de serviços públicos à coletividade – via o chamado princípio da reserva do possível.³¹

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari apud LIMBERGER, Têmis. O Solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: Constituição, sistemas hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. CALLEGARI, André Luís (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 265

³¹ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e econômica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.51.

Obviamente que não é razoável que “se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para sua implementação, mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos bastantes e suficientes”, de forma a concretizar os direitos fundamentais³² mínimos necessários para existência humana (dignidade da pessoa humana e mínimo existencial). Nesse ponto, nos deparamos com o “custo dos direitos”, indissociável da designada “reserva do possível”.

Então, para que possamos entender a importância e função dos direitos fundamentais, necessária uma análise sob a perspectiva histórica, principalmente pelo fato de que “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional.”³³ Nessa dissertação interessa as várias configurações históricas do Estado de Direito e sua evolução no tempo e espaço com os valores de cada época³⁴ (Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito).

Segundo Canotilho “qualquer que seja o conceito de Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como *Estado Constitucional*.”³⁵ Aferimos da assertiva uma nítida imbricação dos direitos fundamentais e a as noções de Constituição e Estado, posto que a Constituição é condição de existência dos direitos fundamentais, ambas com função de limitar o poder do Estado. Sarlet esclarece que

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente medida, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, nesse sentido, o Estado Constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada pelos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado Constitucional. (SARLET, 2011, p. 59)

Nessa quadra, os direitos humanos (direitos do homem ou direitos naturais)

³² A ideia de tributação como fonte de financiamento dos direitos fundamentais está consagrada na doutrina nacional e estrangeira, contudo, torna-se cada vez mais relevante verificar-se não somente a necessidade de arrecadação, mas inclusive para onde irão esses recursos e quais direitos deverão possuir prioridade concretizadora, visto que os recursos são finitos. PAULO CALIENDO, p. 215.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36.

³⁴ Sobre esse aspecto, BOBBIO adverte que “os direitos do homem (...) são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) Nascem quando devem ou podem nascer.” apud WOLKMER, op. cit., p. 17.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 88.

precisam ser positivados na constituição para serem alçados a direitos fundamentais, os quais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito.³⁶ Por outras palavras, segundo Cruz Villalon, “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existiram outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como liberdades públicas.”³⁷

Consoante esposado, o Estado³⁸ Absolutista - forma de governo em que o detentor do poder exerce esse último sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores – passou a sofrer fortes restrições principalmente a partir “das chamadas ‘revoluções liberais’, com a formação dos primeiros Estados democráticos liberais, baseados na ideia de liberdade.”³⁹ Em oposição ao modelo que centralizava o poder político e econômico (Estado personificado na pessoa do rei), o Estado Liberal tem como ideal que todos, inclusive os governantes, deveriam sujeitar-se aos ditames da lei.⁴⁰

Com o incremento do capitalismo, primeiro comercial, depois industrial, a burguesia revela-se o setor mais dinâmico da sociedade, mas seu poder econômico não era traduzido em poder político. Assim, as correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo, que tem como seus maiores expoentes Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant, e importantes movimentos econômicos, sociais e políticos conduzem ao Estado Constitucional ou de Direito.⁴¹ Nesse contexto, nítida a divergência no plano das ideias:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez de soberania do príncipe, a soberania nacional e lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez de razão do Estado, o Estado como executor

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684 e seguintes.

³⁷ CRUZ VILLALON *apud* CANOTILHO, op. cit., p. 353.

³⁸ Sobre o termo Estado “...pode reputar-se menos preciso. Rigorosamente, não pode-se falar em «Estado absoluto» ou em «Princeps legibus solutus ». Nenhum Estado existe à margem do Direito (insista-se) e nenhum governo deixa de estar vinculado às normas jurídicas que o titulam como tal – as «Leis Fundamentais» de que se fala nessa época e, enquanto as não mudar, às próprias leis que faça. O poder é um ofício. E se, na concepção patrimonial ainda dominante, se declara absoluto o poder do Rei (...) isso não significa ilimitação...”. Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 65.

³⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. – 3ª ed. – São Paulo: Método, 2011, p. 46.

⁴⁰ Ob. cit., p. 46.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 68.

de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e a atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnicos-jurídicos principais tornam-se, doravante a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a representação política. (MIRANDA, 2002, p. 69)

O Estado de Direito é um Estado Liberal no seu verdadeiro sentido, pois se limitava à defesa da ordem e segurança públicas, remetendo os domínios econômicos e sociais para os mecanismos de liberdade individual e da liberdade de concorrência. Nessa concepção, ao Estado caberia cuidar da ordem pública, defendendo as instituições e protegendo-se de agressões internacionais, enquanto, ao mercado, deveria desenvolver-se livremente, sem qualquer interferência do Estado, salvo para prestar a necessária segurança e para atuar naqueles setores nos quais a iniciativa privada não tinha interesse.⁴²

Daí decorrente a ideia da “mão invisível”, de Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*, de 1776. Para Smith, o Estado não deveria intervir na economia, pois o mercado seria capaz de se autorregular. Resultando daí o *laissez faire, laissez-passer* (deixar fazer, deixar passar), em que a função do Estado seria somente a de proteger a propriedade e garantir a segurança dos indivíduos, permitindo que as relações sociais e econômicas se regulassem livremente, sem qualquer intervenção do Estado. Tais ideias serviram adequadamente e se encaixaram com o fito de proteção aos interesses da burguesia que estava na iminência de alcançar poder político e foram responsáveis pela transformação acerca do papel estatal na sociedade.⁴³

Com efeito, cumpre reiterar para uma maior compreensão do Estado Democrático de Direito, que os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual, especialmente a liberdade econômica, que positivada estabelecia limite à atuação do Estado. Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais – liberdade e propriedade – só poderiam sofrer intervenções autoritárias por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular.⁴⁴

Neste contexto, surgem direitos de 1ª geração (ou dimensão⁴⁵), afirmando-se

⁴² Cf. TAVARES, op. cit., pp. 46-47.

⁴³ MARMELSTEIN, op. cit. P. 44.

⁴⁴ Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 93

⁴⁵ Sobre as críticas dirigidas ao termo “gerações” a doutrina reconhece que “não há como negar que o reconhecimento progressivo dos novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar falsa

como “direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.”⁴⁶ Assim, a Constituição ocupa um papel de mera regulamentadora, organizadora das atividades estatais, não podendo, portanto, intervir nas relações particulares.⁴⁷

Podemos inferir com Torres que a importância do Estado Liberal para o direito esta na institucionalização da proteção “a proteção ao mínimo existencial e à pobreza, mas não se nota ainda a preocupação com os direitos sociais”,⁴⁸ pois os problemas, sobretudo dos trabalhadores, deveriam ser resolvidos no mercado. Assim, prossegue o jurista, “proíbe-se a incidência de impostos sobre a parcela mínima necessária à existência humana digna, que estando aquém da capacidade econômica e constituindo reserva de liberdade, limita o poder fiscal do Estado.”⁴⁹

No Estado Liberal não havia preocupações com o social, de políticas públicas essenciais ao bem estar da sociedade, mas apenas como o próprio liberalismo. Assim, a industrialização e os problemas sociais e econômicos, acompanhada da constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do gozo desses direitos acabaram por originar movimentos reivindicatórios de um Estado com comportamento ativo na realização da justiça social.⁵⁰

Sobre a justiça social, e baseado sobre o perfil do indivíduo, em especial no Estado Liberal, Rawls, influenciado por Kant, analisa que, por exemplo, “se um homem soubesse que era rico, ele poderia achar racional defender o princípio de que vários impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, com grande probabilidade proporia o princípio contrário.”⁵¹

impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina” (SARLET, 2011, p. 45).

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 46-47.

⁴⁷ MATEUS, Cibele Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 33.

⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

⁵¹ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça (trad.): São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.21.

O Estado Social de Direito sucede o Estado Liberal sem solução de continuidade, mas com “esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais.”⁵² Segundo Torres o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), ou Estado-Providência, ou Estado Intervencionista, floresce de 1919, data da Constituição de Weimar, a 1989, ano da queda do Muro de Berlim, aproximadamente.⁵³

Neste cenário, os Estados passam a preocupar-se mais com a questão dos direitos fundamentais sociais,⁵⁴ assumindo uma série de obrigações para si no intuito de garantir “bem-estar social” (responsabilidades com a previdência, a habitação, a assistência social e etc.). Identifica-se adoção de políticas públicas que “se ofertam à sociedade com finalidades bastante precisas: promoção do bem comum com prestação assistencial geral e econômica. A expressão (*Welfare State*) refere-se, pois, à ação do Estado.”⁵⁵

Para Miranda o Estado Social de Direito não é senão uma segunda fase do Estado Constitucional, pois a liberdade das pessoas continua a ser o valor básico da vida coletiva e a limitação do poder público, bem como continua o povo como unidade e totalidade dos cidadãos o titular do poder político. Do que se trata é de

articular direitos, liberdades e garantias (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com direitos sociais (direitos cuja função imediata é refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente, econômico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa).⁵⁶

Interessa-nos, também, ressaltar que no período de predomínio do princípio do Estado Social descuidou-se do discurso sobre o mínimo existencial, eis que se exacerbou a retórica sobre a justiça social, que conduziria à transferência de rendas da classe rica para a

⁵² MIRANDA, op. cit., p. 80.

⁵³ TORRES, 2003, p. 23

⁵⁴ Sobre esses direitos a nota distintiva “é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado (...) liberdade do e perante o Estado, e sim liberdade por intermédio do Estado.” Cf. SARLET, 2011, p. 47.

⁵⁵ TAVARES, op. cit., p. 56.

⁵⁶ MIRANDA, op. cit., p. 81.

pobre, mágica jamais efetivada.⁵⁷

No final do século XX, observam-se sérios sintomas de crise do *Welfare State* - a chamada crise do Estado-providência, oriundo não tanto do de causas ideológicas (refluxo das ideias socialistas perante ideais neoliberais), quanto de causas financeiras (o insuportável custo dos serviços), de causas administrativas (burocracia não rara acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (ausência de competitividade, em uma econômica globalizante, com países com grau de proteção sociais diferentes).⁵⁸ Realmente o modelo proposto revelou a ineficácia da atuação estatal, posto que as dificuldades de gerenciamento da máquina pública levaram a ruína o modelo social.⁵⁹ Na lição de Torres:

o *Welfare State*, tem sua decadência em face do endividamento exagerado dos Estados, na impossibilidade de atendimento das demandas sociais, no excessivo paternalismo e na crença ingênua na inesgotabilidade dos recursos públicos. Certamente o nível de atribuições de realização de direitos a encargo do Estado somado com a questão da reserva do possível com o conseqüente crescimento do descrédito da Constituição como documento dotado de força normativa, faz com que fosse necessário repensar-se o modelo do Estado Social.⁶⁰

Profunda mudança de paradigma jurídico ocorre com a queda do Muro de Berlim, que coincide com o colapso da União Soviética, com a desestruturação do socialismo real e da social-democracia e com a globalização. Assiste-se, pois, uma retomada comedida dos ideais concebidos no Estado Liberal, em face da crise observada tanto no *Welfare State* quanto no modelo socialista da economia.⁶¹

Há a formação de um novo modelo de Estado, novamente presente na economia, portanto, na revalorização das forças do mercado, na defesa da desestatização e na busca de um Estado financeiramente mais eficiente, probo e equilibrado, reduzindo-se os encargos sociais, sem afastar-se totalmente da prestação dos serviços essenciais. O que se busca, na realidade, é o equilíbrio entre os elementos liberais e capitalistas, de um lado, e os elementos socialistas, de outro.⁶²

Passa a prevalecer o modelo do Estado Democrático de Direito, com o

⁵⁷ TORRES, 2003, pp. 24-25

⁵⁸ MIRANDA, op. cit., p. 83.

⁵⁹ TAVARES, op. cit., p. 60.

⁶⁰ TORRES, 2003, O. 25.

⁶¹ *Ibidem*, p. 60.

⁶² TAVARES, op. cit., p. 61.

enaltecimento das constituições, com a dignidade da pessoa humana e a justiça inseridas em muitas delas como princípios maiores. O que caracteriza o Estado Democrático de Direito é que concilia o Estado Social, podado em seus aspectos de insensibilidade para a questão financeira, com as novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais e sociais. Ademais, Estado Democrático de Direito, segundo Canotilho é

uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das travas mestras do Estado constitucional. (...) Só o princípio da soberania popular segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático”, possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático.⁶³

Destaca-se que o Estado Democrático de Direito passou a garantir o mínimo existencial, em seu contorno máximo, deixando a questão de segurança dos direitos sociais para o sistema securitário e contributivo, baseado no princípio da solidariedade. Percebe-se claramente uma nova perspectiva entre o mínimo existencial e os direitos sociais.⁶⁴

O artigo 1º, caput, da Constituição Federal enuncia que o Brasil é uma República Federativa constituída sob a forma de Estado Democrático de Direito. Com efeito, da escolha do constituinte da utilização do termo “Democrático” antes da expressão “de Direito” infere-se, segundo Carrazza, que houve “primazia aos direitos e liberdades das pessoas sobre qualquer forma ou estrutura jurídica, que deverá limitar-se a atender ao ‘interesse geral’, sem, porém, atropelar o princípio da segurança jurídica.”⁶⁵

Percebe-se que o Estado Democrático de Direito, no caso brasileiro, é produto de uma reconstrução democrática de sociedades marcadas por experiências autoritárias. O constitucionalismo desse modelo de Estado incorpora a perspectiva de uma sociedade em constante caminhada rumo à desconstrução das diferenças sociais e à realização – permanente e inalcançada – de um projeto justo, solidário, que visa erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (art.

⁶³ CANOTILHO, 99, op. Cit. p. 96.

⁶⁴ TORRES, 2003, op. Cit. p. 27.

⁶⁵ CARRAZA, op. Cit., p. 424.

3º).⁶⁶

Vale ressaltar, também, que nossa atual Carta, pela primeira vez, previu com a nomenclatura de Direitos e Garantias Fundamentais no início da Constituição conjuntamente com os princípios, contemplando direitos individuais, sociais, políticos, de nacionalidade e trabalhista, ainda assegurando expressamente a dignidade da pessoa humana⁶⁷ como fundamento da República (artigo 1º, inciso III).

1.3. Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e Instrumentos de Jurisdição Ambiental

Hodiernamente, a propagação do “saber ambiental” faz com que os diversos instrumentos jurídicos sejam repensados, a fim de que portem consonância com a tentativa de propagação da consciência ambiental.

O Regime Republicano, iniciado em 1889 vigora até os dias de hoje, devendo ser necessariamente dividido em fases para que, conforme Magalhães, possa se verificar as mudanças do pensamento político e jurídico e reflexos na tutela do meio ambiente, sendo essas:

- a) Formação do Direito Ambiental – 1889/1981;
- b) Consolidação do Direito Ambiental – 1981/1988;
- c) Fase contemporânea.⁶⁸

⁶⁶ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 109.

⁶⁷ É precisamente nesse sentido a lição de SARLET ao asseverar que “Inspirando-se no constitucionalismo português e espanhol, o Constituinte de 1987/88 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, dando-lhe – pela primeira vez – o tratamento de princípio fundamental da nossa atual Constituição (...) Importa considerar, nesse contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.” SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105.

⁶⁸ MAGALHAES, Juraci Perez. A Evolução do Direito Ambiental no Brasil. 2ª Ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 39.

A formação do Direito Ambiental, nesse sentido, se dá inicialmente com normas esparsas que não caracterizam propriamente um ramo do Direito. Sobre essa, Annelise Steigleder afirma que:

Essa fase se identifica por regras que definem a propriedade e gestão e recursos naturais, sem que haja preocupação precípua com sua preservação, propriedade ou interesse do Estado, a quem incumbe sua gestão, com a utilização de limitações administrativas ao exercício da propriedade, visando à tutela da saúde humana. (...) Não se cogita de um direito difuso sobre um bem pertencente a todos, mas vigora a ideia de que o meio ambiente é *res nullius*. (...) A ideia de um terceiro gênero de direito, entre público e privado, só aparecerá na doutrina da década de setenta, refletindo-se na legislação brasileira, pela primeira vez em 1981, através da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, para depois alcançarem-se os meios processuais de tutela coletiva, em 1985, e, finalmente, consagrando o meio ambiente como um bem jurídico autônomo de seus elementos e de titularidade difusa, na Constituição de 1988.⁶⁹

Ora, a partir da década de 1980, viu-se rompida a legislação fragmentada e automatizada, que não se preocupava com a exploração dos recursos ambientais, numa total omissão do Estado, deixando ao Direito Privado o regramento das relações privadas, ou se limitava a um tratamento lateral das questões ambientais cingida à proteção da saúde humana.⁷⁰ Mudança essa ocorrida, em especial pela instituição da Lei 6.938/81, Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, que passou a dar novos contornos á tão imprescindível bem jurídico.

No que se refere à tutela e proteção ambiental, nesse sentido, essa visa a preservação da natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das nações civilizadas, que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar. E, essa ação destruidora da natureza é universal e milenar, mas agravou-se no presente século em vista do desmedido crescimento populacional e do avanço das ciências e tecnologias, que vieram a proporcionar à humanidade a mais completa dominação da terra, das águas e do espaço aéreo.⁷¹

O Estado Moderno, ante a contingência de preservação do meio ambiente

⁶⁹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Direito Ambiental. Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder, Silvia Cappelli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 23.

⁷⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Direito Ambiental. Ob. cit., p. 26.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.630.

com o fito de preservação das presentes e futuras gerações, criou um Direito Novo – o Direito Ambiental – destinado ao estudo dos princípios e regras tendentes a impedir a destruição ou degradação dos elementos da natureza.⁷²

Uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao *status* constitucional de direito fundamental, nos termos do art. 225 da Constituição brasileira, segundo a qual “*todos*”⁷³ tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, disso resultando incumbências para o Estado e a coletividade, o direito ao ambiente pode ser reconhecido como “direito fundamental do homem”.⁷⁴

Ademais, fomenta a fundamentalidade do direito ao ambiente, mesmo estando esse fora do catálogo dos direitos fundamentais, o fato de que, conforme aponta Sarlet, o próprio art. 5º, §2º da CF/88 faz *materialmente aberto* esse mesmo catálogo.⁷⁵

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, decorrente do princípio corolário da dignidade da pessoa humana, é, por força da abertura material consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, cláusula pétrea e sujeito à aplicabilidade direta, mesmo não constando do catálogo dos direitos fundamentais, uma vez que o constituinte optou por inseri-lo no âmbito das disposições constitucionais sobre a ordem social. Assim, trata-se de um direito formal e materialmente fundamental. Formal porque é parte integrante da Constituição escrita, situando-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, e encontra-se submetido aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (clausulas pétreas) de reforma constitucional (art.60, CF).⁷⁶

Para Benjamin, chama atenção a autonomização jurídica do meio ambiente, ao se referir à Constituição Federal, eis que “o tratamento jurídico-holístico da Natureza, o reconhecimento, ao lado da dimensão intergeracional, de valor intrínseco aos outros seres vivos e ao equilíbrio ecológico, a ecologização do direito de propriedade e a instituição dos princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada para citar alguns

⁷² Ibidem, p. 631.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República portuguesa anotada, cit., p. 348. Diz: “A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é extremamente aberta em sentido democrático ambiental, pois conforme já visto, no seu art. 225, busca a participação de todos na defesa e preservação do meio ambiente.

⁷⁴ LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: Do Indivíduo ao Coletivo Extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 91.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 85. Segundo Marum, mesmo fora do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição, o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado integra o “rol constitucional dos direitos fundamentais”. (MARUM, Meio ambiente. Ob. Cit., p. 136).

⁷⁶ Ibidem, p. 78.

pontos mais expressivos.”⁷⁷

Assim, como dotado de caráter fundamental, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado deve ser respeitado sob pena de ferir ao Estado Democrático de Direito e para tanto cumpre ao Estado uma proteção suficiente de acordo com o *Welfare State*. Isto porque, nos termos explanados por Canotilho

Por outro lado, trata-se de um direito positivo a uma ação do Estado, no sentido de defender o ambiente e de controlar as ações poluidoras destes, impondo-lhe as correspondentes obrigações políticas, legislativas, administrativas e penais. Ao atribuir esta dupla dimensão ao direito do ambiente, este preceito reconhece e garante expressamente a dupla natureza implícita na generalidade dos chamados direitos sociais, simultaneamente direitos a serem realizados e direitos de não serem perturbados⁷⁸

Diante da manifesta insuficiência de proteção há violação do dever de tutela estatal e, portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva, sendo possível o seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a CF/88 e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade.^{79 80}

⁷⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988. In *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI*, Sandra Kisi, Solange Teles e Inês Soares (org.), São Paulo: Malheiros, 2005, p. 397.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*, cit., p. 348.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 372.

⁸⁰ Consoante crítica de Lenio Luiz Streck à proporcionalidade e ponderação, vale referir que “em nome do sopesamento entre fins e meios (a assim denominada ponderação), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ponderação e suas decorrências. Veja-se, por exemplo, que, em nome de princípios ad hoc (e todos os dias são inventados novos standards que se pretendem princípios), como o da confiança no juiz da causa (sic), e em nome de supostos sopesamentos (ponderações), um acusado é posto em liberdade no Rio Grande do Sul e outro é mantido preso em Santa Catarina. Há que ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse corriqueiro sopesamento. (O que é isto – decido conforme minha consciência? - 2 ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 51.

Neste âmbito, ações positivas por parte do Estado necessitam ser tomadas, com o fito de garantia aos direitos fundamentais de terceira geração⁸¹, entre esses o do meio ambiente equilibrado.⁸²

Tiago Fenstersfeifer, demonstrando as características peculiares do direito fundamental ao meio ambiente, conforme dispõe de forma expressa o *caput* do art. 225 da Lei Fundamental brasileira, além de ter a sua dimensão individual subjetiva resguardada, representa um valor de toda a comunidade estatal, consagrado através do processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais projeta o direito em questão para o plano de valor jurídico do Estado Socioambiental de Direito esculpido na Constituição brasileira de 1988.⁸³

Ressalta-se que o autor segue registrando a existência de objeções pronunciadas contra a caracterização de uma perspectiva subjetiva individual para o bem jurídico ambiental, especialmente em razão da sua natureza difusa, o que o tornaria supostamente insuscetível de apropriação individual. Não é o caso do direito ao ambiente, que, como insistentemente referido no presente estudo, apesar de guardar natureza proeminente transindividual ou difusa, não deixa de contemplar também uma perspectiva individual subjetiva, na medida em que a lesão ao ambiente pode atingir tanto a coletividade quanto o indivíduo.⁸⁴

No que se refere à característica como direito de interesse difuso, Luiz Colaço refere que essa se estrutura como um interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse transindividual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva do domínio. O interesse difuso é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma em questão. O conteúdo ou a consequência jurídica do

⁸¹ “... os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente a proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.” BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 523.

⁸² Segundo George Sarmento *in* Evolução das Liberdades na Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais, p. 148: “A terceira geração dos direitos humanos fundamentais impôs um novo perfil ao modelo de liberdade (...) Os direitos da terceira geração surgiram como relação ao superdesenvolvimento das nações ricas. Paradoxalmente, são produto da abundância, não da miséria. Representam a insatisfação da própria espécie humana com os rumos tomados pelo Estado Social a partir da metade do século XX.”

⁸³ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 177.

⁸⁴ *Ibidem*, 179.

interesse difuso é exclusivo. O conteúdo ou a consequência jurídica do interesse difuso é o reconhecimento de uma pluralidade de situações objetivas a sujeitos individuais ou a entes associativos. Nisto, se diferencia do direito público clássico, mais ou menos geral, inclusive quando a pluralidade em que se reconhece o interesse seja tendencialmente coincidente com a totalidade de cidadãos. Pode-se dizer que é um interesse híbrido, que tem uma alma pública e um corpo privado, que transcende o direito subjetivo privado e se estende pelo público. É um interesse comunitário de natureza cultural, não corporativo.⁸⁵

Há, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da dupla funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, que assume tanto a forma de um objetivo e tarefa do Estado quanto de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e coletividade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico. A partir das considerações, resulta caracterizada a obrigação constitucional do Estado de adotar medidas – legislativas e administrativas – atinentes à tutela ecológica, capazes de assegurar o desfrute adequado do direito fundamental em questão⁸⁶ razão maior de sua existência.⁸⁷

O art. 225, enquanto norma de caráter teleológico, impõe uma orientação de todo o ordenamento infraconstitucional, que consoante Annelise Steigleder:

Patenteia o reconhecimento do direito-dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a obrigação dos poderes públicos e da coletividade de defendê-lo e de preservá-lo e a previsão das sanções para as condutas ou atividades lesivas. A preservação do ambiente passa a ser, portanto, a base em que se assenta a política econômica e social; pois, uma vez inseridas em um sistema constitucional, as normas relativas a outros ramos jurídicos, que se relacionam com o amplo conceito de meio ambiente, não podem ser aplicadas sem levar em conta as normas ambientais que impregnam a ideologia constitucional.⁸⁸

No campo da legislação ordinária, conforme Hely Lopes Meirelles, a norma básica de proteção ao meio ambiente é a Lei 6.938, de 31.08.81, que instituiu a Política

⁸⁵ ANTUNES, Luis Filipe Colaço. A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo – Para uma Legitimação Processual. Coimbra: Livraria Almedina, p. 22-23.

⁸⁶ Direito Constitucional do Ambiente / org. Wilson Steinmetz, Sergio Augustin. - Caxias do Sul, RS: Educus, 2011, p. 10.

⁸⁷ A vinculação da “sociedade” (e, portanto, dos particulares, pessoas físicas e jurídicas) à tutela ecológica (inscrita no caput do art. 225 da CF/88) está amparada na própria perspectiva da vinculação dos particulares aos direitos (e deveres) fundamentais. Sobre o tema, em termos gerais, v. por todos, STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁸⁸ STEIGLEDER, Annelise. Ob. Cit., p. 42.

Nacional do Meio Ambiente e criou o respectivo Sistema Nacional de Preservação e Controle – SISNAMA, composto por órgãos da União, dos Estados e Municípios, lei, essa, que, foi recepcionada pela Constituição e complementada por normas posteriores. Enfatiza referido doutrinador que o objetivo fundamental da Política Nacional do Meio Ambiente é a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade o meio ambiente e do equilíbrio ecológico.⁸⁹

Diante disso, cumpre trazer a ideia de Estado de Direito do Ambiente, que para se perfectibilizar, além de ser um Estado de Direito, deve ser um Estado Democrático, Social e deve também recortar-se como Estado Ambiental.⁹⁰ Isto é, para que subsista um Estado de Direito do Ambiente, há que se contar com todos os elementos acima elencados, inseparáveis e indispensáveis para sua configuração.⁹¹

Sugerido Estado de Direito do Ambiente, conforme Boaventura, é:

No entanto, uma utopia democrática porque a transformação a que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva, incluindo nela a carta de direitos humanos da natureza. E mais, para sua realização há a necessidade de uma transformação global, não só dos modos de produção, mas também dos conhecimentos científicos, dos quadros de vida, das formas de sociabilidade e dos universos simbólicos e pressupões, acima de tudo, uma nova relação paradigmática moderna.⁹²

Canotilho trilha no mesmo sentido, ao afirmar que se queremos um Estado de Direito do Ambiente devemos ter em conta as experiências históricas e rejeitar explicações monocausais num mundo de complexidade. Não existem, pois, instrumentos totalizantes para a edição desse Estado.⁹³

Por fim, cumpre trazer à liça o voto do Ministro Celso de Mello, em recente acórdão proclamado pelo STF, que afirmou taxativamente que “o meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo

⁸⁹ Ob. Cit. Direito Administrativo Brasileiro, p. 632.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Público do Ambiente. Texto do Cedoua, Faculdade de Direito de Coimbra, 1995/1996, p. 22.

⁹¹ CADERMATORI, Sergio. Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 32.

⁹² SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade. Porto: Afrontamento, 1994, p. 42.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdicção da Ecologia ou Ecologização. Revista do Direito, Urbanismo e do Ambiente. Dez. Coimbra: Almedina, n. 4, p. 75, 1995.

como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens.”⁹⁴

Baseado no julgado, e conforme esgrima Ost⁹⁵, o então sugerido novo modelo de Estado, poderá ser colocado em prática e conduzirá a coletividade a desempenhar a relevante função de guardião da natureza, logicamente dependendo este modelo da conscientização ambiental generalizada.

⁹⁴ BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.540, Rel. Min. Celso de Mello, 01.09.2005.

⁹⁵ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Piaget, 1997, p. 74.

2. O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

Hodiernamente, em especial no ordenamento pátrio, os riscos ambientais são gerenciados, em regra, na primeira esfera, pela administração pública e seus órgãos ambientais componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), que tem condição de atuar na linha de frente de regulação desses riscos, que se dá através de mecanismos e instrumentos do poder de polícia administrativo que compreendem a celebração de Termos de Compromisso Ambiental (TCAs), Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), aplicação de multa, entre outros.

Assim, com o fito de dar efetividade ao poder de polícia, cujo fundamento é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados, como instrumento coercitivo-inibitório de jurisdição administrativo-ambiental, cujos atributos são a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, se faz necessário verificar e criticar se são apropriados referidos instrumentos, em face da natureza transindividual do bem ambiental.

Nossa Lei Maior prevê que o poder de polícia é indelegável sendo de competência exclusiva da Administração Pública Direta a competência para exercer a polícia administrativa. Neste âmbito, no que tange ao Poder de Polícia atribuído à administração indireta e às Fundações Ambientais dotadas de Personalidade de Direito Privado, prevê a Lei Federal n.º 11.079, sua indelegabilidade. Em contrapartida, a Lei do Estado do Rio Grande do Sul, que institui a FEPAM (9.077), expressa o exercício do poder de polícia como competência dessa fundação com personalidade jurídica de direito privado, o que acarretaria a ilegitimidade e inconstitucionalidade da lei, impondo a declaração de sua inconstitucionalidade, no que concerne à atribuição do poder de polícia.

2.1 A Jurisdição Administrativa-Ambiental

A função estatal que se caracteriza numa instituição de administração positiva, visando por em ação os limites que a lei impõe à liberdade dos indivíduos para tutelar a ordem pública é a de polícia. No mesmo sentido, Sergio Bova afirma que existem

várias manifestações desse:

Da segurança das pessoas à segurança da propriedade, da tranquilidade dos agregados humanos à proteção de qualquer outro bem tutelado com disposições penais. Interessante indicar que o termo polícia teve no decorrer dos séculos um primeiro significado, como explica o docente da Universidade de Turim, diretamente etimológico de conjunto das instituições necessária são funcionamento e à conservação da cidade-Estado, passando o termo a indicar, na Idade Média, a boa ordem da sociedade civil, da competência das autoridades políticas do Estado, em contraposição à boa ordem moral, do cuidado exclusivo com a autoridade religiosa. Na idade moderna o significado de polícia chegou a compreender toda a atividade da administração pública, identificando-se com o denominado ESTADO DE POLÍCIA, com que se designava um ordenamento em que toda a função administrativa era indicada com o termo polícia.⁹⁶

O Estado de Polícia, que precedeu o Estado de Direito, representado pela expressão “poder de polícia”, remete a tempos idos. Traz consigo, ainda, a suposição de prerrogativas existentes em prol do “príncipe” e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma, conforme Celso de Mello, “raciocina-se como se existisse uma natural titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato poder de polícia. Daí imaginar-se algumas vezes, e de modo mais ingênuo, que tal ou qual providência – mesmo carente de supedâneo em lei que a preveja – pode ser tomada pelo Executivo por ser manifestação de poder de polícia”.⁹⁷

Ante a necessidade de salvaguardar o Estado Democrático de Direito, preservando os direitos e deveres, bem como garantias conquistadas ao longo dos tempos, o Estado se viu compelido ao desenvolvimento de ferramentas para garantir os direitos fundamentais.

Nesse condão, cumpre ao Estado uma proteção suficiente de acordo com o *Welfare State*. Isto porque, diante da insuficiência manifesta de proteção⁹⁸, há violação do dever de tutela estatal e, portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha

⁹⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 665.

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República portuguesa anotada, cit., p. 348. Dizem: “Por outro lado, trata-se de um direito positivo a uma ação do Estado, no sentido de defender o ambiente e de controlar as ações poluidoras destes, impondo-lhe as correspondentes obrigações políticas, legislativas, administrativas e penais. Ao atribuir esta dupla dimensão ao direito do ambiente, este preceito reconhece e garante expressamente a dupla natureza implícita na generalidade dos chamados direitos sociais, simultaneamente direitos a serem realizados e direitos de não serem perturbados”.

ela natureza omissiva ou comissiva.

É possível o controle judicial da medida, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais. Ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a CF/88 e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade.⁹⁹

Fensterseifer ressalta que a existência de objeções pronunciadas contra a caracterização de uma perspectiva subjetiva individual para o bem jurídico ambiental, especialmente em razão da sua natureza difusa, o torna supostamente insuscetível de apropriação individual. Não é o caso do direito ao ambiente, que, como insistentemente referido no presente estudo, apesar de guardar natureza proeminente transindividual ou difusa, não deixa de contemplar também uma perspectiva individual subjetiva, na medida em que a lesão ao ambiente pode atingir tanto a coletividade quanto o indivíduo.¹⁰⁰

Reconhecida constitucionalmente a dupla funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, que assume tanto a forma de um objetivo e tarefa do Estado quanto de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e coletividade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico. Daí que resultam caracterizadas as obrigações constitucionais do Estado de adotar medidas – legislativas e administrativas – atinentes à tutela ecológica, capazes de assegurar o desfrute adequado do direito fundamental em questão¹⁰¹, razão maior de sua existência.¹⁰²

Seguindo dessa ideia, ao Estado, no que concerne ao dever de proteção ambiental, incumbe medidas positivas para assegurar a tutela ao meio ambiente. Assim, existe uma dupla face do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, além da razoabilidade) entre a proibição de excesso de intervenção e a proibição de insuficiência de proteção. Ou seja, não atuar de modo excessivo

⁹⁹ SARLET, ob. cit. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 372.

¹⁰⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 179.

¹⁰¹ Direito Constitucional do Ambiente / org. Wilson Steinmetz, Sergio Augustin. - Caxias do Sul, RS: Educus, 2011, p. 10.

¹⁰² A vinculação da “sociedade” (e, portanto, dos particulares, pessoas físicas e jurídicas) à tutela ecológica (inscrita no caput do art. 225 da CF/88) está amparada na própria perspectiva da vinculação dos particulares aos direitos (e deveres) fundamentais. Sobre o tema, em termos gerais, v. por todos, STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

violando o núcleo essencial do direito fundamental, nem omitir-se na proteção insuficiente ao referido direito, sob pena de incorrer em violação da ordem jurídico constitucional – inconstitucionalidade.

Nesse contexto, não podemos esquecer que as garantias constitucionais:

(...) assumem vital importância para os ordenamentos jurídicos, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença nas Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.¹⁰³

Cumpra parafrasear que, a violação de um princípio passa a ser mais grave que a transgressão de uma regra jurídica, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, representando a violação de um princípio constitucional na ruptura da própria Constituição, tendo essa inconstitucionalidade consequências muito mais graves do que a violação de um simples dispositivo.¹⁰⁴

Nessa quadra, consoante Ingo Sarlet, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável¹⁰⁵. Isto é, uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui garantia do mínimo existencial.

Por essa razão que a noção de um mínimo existencial, na perspectiva socioambiental, deve ser acrescida da dimensão ecológica já referida anteriormente, atuando como critério material para a concretização dos patamares mínimos de tutela ambiental. Aquém dos quais, estará incorrendo (no que diz respeito ao mínimo existencial em matéria de direitos sociais) em flagrante violação da proibição de proteção insuficiente e na proibição de retrocesso.¹⁰⁶

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 226.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*. *Revista de Direito Público*, nos 57/58.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

¹⁰⁶ *Direito Constitucional do Ambiente / org. Wilson Steinmetz, Sergio Augustin*. - Caxias do Sul, RS: Educus, 2011, p. 33.

Assim, em decorrência do Princípio norteador da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Proibição do Retrocesso em matéria ambiental, que visa a assegurar um mínimo existencial socioambiental com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, diz respeito a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador. Essa proteção se dá tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – no infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela já existentes), bem como na proteção em face da atuação da Administração Pública.¹⁰⁷

Há, é verdade, no que tange aos fundamentos jurídicos da proibição de retrocesso, um dever de progressividade, ou aprimoramento, consoante previsão do art. 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, *in verbis*:

cada Estado - parte no presente pacto compromete-se a adotar medidas tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Na mesma senda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, em seu art. 26, complementado pelo art. 1º do Protocolo de San Salvador, prevê o “desenvolvimento progressivo” dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Portanto, e de acordo com a ideia de Ingo Sarlet¹⁰⁸, a cláusula de progressividade, atribuída aos direitos sociais, deve abarcar necessariamente, também as medidas normativas voltadas à tutela ecológica, de modo a instituir uma progressiva melhoria da qualidade ambiental e conseqüentemente da qualidade de vida em geral, em respeito a dignidade da pessoa humana, sendo essa a atribuição maior da jurisdição administrativa ambiental.

¹⁰⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 259.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 437.

2.2 O Poder de Polícia Ambiental

Assim, o Poder de Polícia enquanto instrumento da administração pública para implementação de direitos, pode ser dividido em administrativo e judiciário.

Convém, neste sentido, trazer à liça as considerações do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que prevê que a intervenção da Administração em todo e qualquer setor, quer no exercício de competência vinculada, quer em comportamento discricionário, nada mais pode almejar senão o fiel implemento do comando legal.¹⁰⁹ Segue, conceituando que a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se “poder de polícia”. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos, podendo ter sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, licenças e injunções), do Poder Executivo. Isto é, relacionadas com o fim de prevenção e buscando obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais, correspondendo à noção de policial administrativa.¹¹⁰

Já Hely Lopes Meirelles, conceitua poder de polícia como aquela faculdade que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. O autor afirma ainda que, em linguagem menos técnica podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem que dispõe a administração pública para conter os abusos de direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.¹¹¹

Insta distinguir o poder de polícia administrativo, que nos interessa no presente estudo, do poder de polícia judiciária. Assim, nos termos do professor Hely Lopes Meirelles, a polícia administrativa incide sobre bens, direitos e atividades, ao passo que as

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 663.

¹¹⁰ Idem, p. 666.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo. Ed. Malheiros. 37ª Edição, 2011, p. 135.

outras atuam sobre pessoas, individualmente ou indiscriminadamente. Segue afirmando que a polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto as demais são privativas de determinados órgãos (polícias civis) ou corporações (polícias militares).¹¹²

Celso de Melo enfatiza que o poder que a Administração exerce ao desempenhar seus cargos de polícia administrativa repousa nessa assim chamada supremacia geral, que, no fundo, não é senão a própria supremacia das leis em geral, concretizadas através de atos da Administração. Ademais, releva que estão fora do campo da polícia administrativa os atos que atingem os usuários de um serviço público, a ele admitidos, quando concernentes àquele especial relacionamento. Da mesma forma, excluem-se do seu campo, por igual razão, os relativos aos funcionários públicos, tanto quanto os de tutela sobre as autarquias.¹¹³

Quanto aos atributos do poder de polícia, a doutrina já se posicionou no sentido de que esses advêm basicamente da natureza de que esse é um poder negativo. Ou seja, tem com condão evitar um dano, evitar um mal. Assim, são esses a discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade.

A discricionariedade trata da livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado que é, conforme Hely Lopes Meirelles, a proteção de algum interesse público. Neste particular, e desde que o ato de polícia administrativa se contenha nos limites legais e autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe é atribuída, a discricionariedade é legítima.¹¹⁴

Já Maria Zanella Di Pietro, alega outra conceituação para a característica da discricionariedade, salientando que às vezes a lei deixa margem de liberdade para apreciação quanto a determinados elementos, com o motivo ou o objeto, mesmo porque o legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia, sendo que a administração, no caso concreto, terá que decidir qual o melhor momento para agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias restará perfectibilizada a característica de discricionariedade do poder de

¹¹² *Ibidem*, p. 135.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 667.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo. Ed. Malheiros. 37ª Edição, 2011, p. 140.

polícia.¹¹⁵

De outra banda, no que se refere a autoexecutoriedade, é a autonomia que dispõe a administração pública de colocar em prática e executar seus atos sem necessitar de previamente sujeitá-los ao crivo do poder judiciário. Exemplo disso é o adotado por Celso de Mello ao verificar que a apreensão de material de pesca ou de caça utilizado em excursão cinegética ou haliêutica realizada em desacordo com as exigências dos Códigos de Caça e de Pesca é consequência normal das infrações cometidas, e a Administração aplicará independente de prévia manifestação do Judiciário.¹¹⁶

No que se refere à coercibilidade, merece destaque o referencial à essa, já que terá maior análise de suas nuances ao longo do presente trabalho. Neste âmbito, cumpre trazer a liça o entendimento de Hely Lopes Meirelles, que assim prevê:

A coercibilidade, isto é, a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração, constitui também atributo do poder de polícia. Realmente todo ato de polícia é imperativo (obrigatório para seu destinatário), admitindo até o emprego da força pública para seu cumprimento, quando resistido pelo administrado. Não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para torná-los efetivos, e essa coerção também independe de autorização judicial. É a própria Administração que determina e faz executar as medidas de força que se tornarem necessárias para a execução do ato ou aplicação da penalidade administrativa resultante do exercício do poder de polícia.¹¹⁷

Importa salientar que o poder de polícia, em especial na medida de polícia, assim como todos os atos administrativos, estão adstritos a algumas limitações que são impostas pela lei. E, conforme Maria Zanella Di Pietro,

Alguns autores indicam regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não eliminar os direitos individuais:

1. A da necessidade, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público;
2. A da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado;
3. A da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Silvyia Zanella. Direito Administrativo, 24 ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 120.

¹¹⁶ Ob. Cit. Curso de Direito Administrativo, p. 681.

¹¹⁷ Ob. Cit. Direito Administrativo Brasileiro, p. 142.

impedir o dano ao interesse público.

Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio mais eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei.¹¹⁸

Daí que, esses atributos se inserem e implementam na proteção ao meio ambiente, ao passo de que primeiramente a Constituição Federal, consoante colocado anteriormente e posteriormente, cabe relevar a importância do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), outrora citado, instituído pela Lei 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente. E, entre os principais órgãos criados pela referida legislação, o art. 6º prevê a funcionalidade desse, que se dá com a criação do CONAMA, bem como do IBAMA, nos termos do art. 10 de referida lei, além de órgãos seccionais, entre esses a FEPAM, no caso do estado do Rio Grande do Sul e órgãos locais.

Cumprido asseverar, neste contexto, que consoante Meirelles, as normas ambientais incidem sob “tríplice aspecto: a) controle da poluição; b) preservação dos recursos naturais; e c) restauração dos elementos destruídos.”¹¹⁹

Neste espeque, cumpre enfatizar a importância da Lei complementar 140/2011 que, entre os principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentou o licenciamento Ambiental¹²⁰, previsto no art. 10 da Lei 6.938/81, *in verbis*:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)

A Resolução 237/97 traz em seu art. 1º, inciso I, o conceito desse que é o

¹¹⁸ Maria Zanella Di Pietro, Ob. cit. , p. 124.

¹¹⁹ Idem, p. 632.

¹²⁰ “O principal instrumento de controle da poluição ambiental é a licença prévia.” Daniel Roberto Fink, Hamilton Alonso Jr. E Marcelo Dawalibi, Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental, 2ª Ed., Forense Universitária, 2002; e Vladimir Passos de Freitas, Direito Administrativo e Meio Ambiente, 3ª Ed., Juruá, 2001.

licenciamento ambiental o “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.”

A infração a normas administrativas acarretará na responsabilização do infrator, sendo prevista no parágrafo 3º do art. 225 da Carta Maior¹²¹ e na Lei que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, ora abordada, mais precisamente em seu art. 9º, IX¹²², devendo, ainda, serem observados os limites de competência instituídos em lei que, conforme noticiado pela Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça, já decidiu que:

O IBAMA é competente para fiscalizar atividade ambiental outorgada por órgão estadual.

Em decisão inédita relatada pelo Ministro Humberto Martins, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, em caso de omissão do órgão estadual na fiscalização da outorga da licença ambiental, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama) pode exercer seu poder de polícia administrativa com base no parágrafo 3º do Art. 10 da Lei n.º 6.398/81. A decisão deixou clara a distinção entre as competências de licenciar e fiscalizar.

(...)

Ao analisar o agravo, o relator concluiu que a atividade desenvolvida com risco de dano ambiental a bem da União pode ser fiscalizada pelo Ibama, mesmo que a competência para licenciar seja de outro ente federado, pois o pacto federativo atribui competência aos quatro entes da Federação para proteger o meio ambiente por meio da fiscalização.

Segundo o ministro, o poder de polícia administrativa envolve diversos aspectos, entre eles, o poder de permitir o desempenho de uma atividade desde que atendidas as prescrições normativas e o poder de sancionar as condutas contrárias à norma. E, como a contrariedade à norma pode ser anterior ou posterior à outorga da licença, a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada à esfera do ente federal que a outorgou.¹²³

¹²¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

¹²² Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

(...)

IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.

¹²³ BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 711.405, Rel. Min. Humberto Martins, 15.05.2009.

No que se refere à responsabilização administrativa, José Afonso da Silva já previa que esta resulta de infração a normas administrativas sujeitando o infrator a uma sanção também de natureza administrativa: advertência, multa, interdição da atividade, suspensão de benefícios, entre outros, sendo esse poder inerente à Administração Pública, respeitados os limites de competência,¹²⁴ respeitados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Neste diapasão, o art. 70 prevê a conceituação de infrações administrativas que são:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Daniel Ferreira já se pronunciou afirmando que “o comportamento que enseja a sanção há de ser, simultaneamente, típico (isto é, deve amoldar-se a hipótese objetivamente prescrita), antijurídico (portanto, contrário à determinação legal) e voluntário (deve haver, pelo menos, a voluntariedade da conduta), ou seja, precisa contrariar a previsão genérica conduta na norma de conduta, sob pena de ‘in concreto’ não constituir um ilícito.”¹²⁵

No que se refere às sanções, o Decreto Lei 6.514/2008 dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e dá outras providências. Essas são previstas no art. 3º de referido diploma legal:

Art. 3º As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa simples;^{126 127}

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª Ed., SP: Malheiros, 1998, p. 209.

¹²⁵ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. SP: Malheiros Editores, 2001, p. 67.

¹²⁶ Conforme art. 75 da Lei 9.605/98: “A multa simples, no mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e no máximo de R\$ 50.000. 000,00 (cinquenta milhões de reais), conforme o que restar previsto nos tipos infracionais do Decreto 6514/2008, será imposta, segundo a redação do parágrafo 2º do art. 72 da Lei 9.605/98, sempre que o agente, por negligência ou dolo: (a) advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha; (b) opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.” MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *Direito Ambiental*. Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder, Silvia Cappelli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 175.

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da biodiversidade, inclusive fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total das atividades; e

X - restritiva de direitos.¹²⁸

Nesse condão, a própria Lei 9.605/98, em seu art. 6º¹²⁹ determina os termos para aplicação das penas, prevendo que a autoridade deverá atentar para o princípio da proporcionalidade^{130 131}.

¹²⁷ ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. LANÇAMENTO INDEVIDO DE RESÍDUOS LÍQUIDOS NO MEIO AMBIENTE. DESNECESSIDADE DA PROVA PERICIAL. COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA DO IBAMA. NÃO OBRIGATORIEDADE DE ADVERTÊNCIA PRÉVIA À APLICAÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA. HIGIDEZ DOS FUNDAMENTOS PROBATÓRIOS QUE EMBASARAM A AUTUAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA QUANTO À CONVERSÃO DA MULTA EM SERVIÇOS DE PRESERVAÇÃO 1.Comprovado que os níveis de toxidade dos efluentes estavam acima dos limites permitidos e previstos na Resolução CONAMA n. 357/05 e Portaria FATMA n. 17/02, através da coleta de amostras, por duas vezes, cabível a sanção administrativa. 2.Descabe ao Judiciário substituir o administrador no exercício de seu poder discricionário e substituir a penalidade, sob pena de violação de competência, merecendo provimento a irresignação do IBAMA no ponto. (PORTO ALEGRE, TRF – 4ª Região, Apelação Cível n.º 5000303/59.2010.404.7103, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª Turma, Decisão 14/02/2011).

¹²⁸ “Conforme art. 72, inciso X, da Lei 9.605/98, são sanções restritivas de direito: (a) suspensão do registro, licença, permissão ou autorização; (b) cancelamento do registro, licença. Permissão ou autorização; (c) perda ou restrição de incentivos fiscais e benefícios fiscais; (d) perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; (e) proibição de contratar com a administração pública, pelo período de até três anos.” *In* MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Direito Ambiental. Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder, Silvia Cappelli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 186.

¹²⁹ Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

¹³⁰ Ob. Clt. Direito Ambiental, p. 173.

¹³¹ Conforme Assessoria de Imprensa do Superior Tribunal de Justiça, em notícia datada de 06/07/2009, link: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92763&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=pneus importados, “Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Com esse entendimento, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não acolheu recurso especial em que a microempresa paranaense Tyres do Brasil Pneus Ltda. visava desvencilhar-se da multa de mais de R\$ 27 milhões por armazenar em depósito quase 70 mil pneus importados.

O dever de defesa do meio ambiente, nos termos ora mencionados e em vista da norma constitucional prevista no art. 225, é imposto ao Estado, através do poder de polícia, bem como à coletividade, de modo geral.

Restou assegurado por referido dispositivo a responsabilidade objetiva¹³²

¹³³ como regra, a ser seguida em face de qualquer violação a bens ambientais fundada na teoria

Segundo os autos, a empresa, sediada em São José dos Pinhais, região metropolitana de Curitiba, possuía armazenadas, para comercializar, 69.300 unidades de pneus usados de fabricação estrangeira, adquiridas no mercado interno por intermédio de uma empresa de transportes. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) apreendeu a mercadoria e lavrou a multa de R\$ 400 por unidade, totalizando R\$ 27.720.000,00.

Em primeira instância, o magistrado indeferiu o pedido de liminar da empresa. O Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região manteve a decisão, sustentando ser cabível a aplicação de multa imposta pelo Ibama por importação e comercialização de pneus usados, pois se trata de uma medida de proteção à saúde pública e à defesa do meio ambiente. Afirmou, ainda, que a multa deve-se ao fato de a empresa comercializar e armazenar pneus usados de fabricação estrangeira sem possuir liminar que autorizasse a importação dos pneus. A empresa recorreu ao STJ.

Na Corte superior, a defesa alegou que, na aplicação da pena de multa, deve-se considerar a gravidade da infração e a condição econômica do fornecedor. Sustentou, ainda, que o artigo 47-A do Decreto 3.179/99, ao estabelecer multa de R\$ 400 por unidade para quem importar pneu usado ou reformado em desacordo com a legislação, não prevê o exame da culpabilidade do agente, nem atribui graduação à penalidade.

A Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial da empresa, seguindo as considerações da relatora, ministra Denise Arruda. Ela destacou que a conduta lesiva ao meio ambiente estava prevista no artigo 47-A do Decreto 3.179/99, o qual afirma que constitui infração ambiental, cabível de multa, a importação de pneu usado ou reformado, incorrendo na mesma pena quem comercializa, transporta, armazena, guarda ou mantém em depósito pneu usado ou reformado, importado nessas condições.

Na questão relativa ao valor da multa cobrada, a relatora ressaltou que, por levar em conta a gravidade da infração e a situação econômica do infrator e por não ultrapassar os limites definidos no artigo 75 da Lei n. 9.605/98 – o qual afirma que o valor cobrado para a multa deve ser no mínimo de R\$ 50 e no máximo de R\$ 50 milhões –, não pode ser revisto em sede de mandado de segurança, pois exige dilação probatória, bem como não pode ser reexaminado em sede de recurso especial, pois encontra impedimento na súmula 7/STJ, que proíbe a análise de fatos e provas.”

¹³² Na responsabilidade objetiva é desnecessária a demonstração da conduta do agente (dolo ou culpa). Todavia os seguintes requisitos são indispensáveis na verificação de aludida responsabilidade: 1) o ato; 2) o dano; 3) o nexo de causalidade entre o ato e o dano. *In*: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 139.

¹³³ No mesmo sentido pacífica a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO DE EMBARCAÇÃO ESTRANGEIRA CONTRATADA PELAPETROBRÁS. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE PARA IMPOR SANÇÕES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LEGITIMIDADE DA EXAÇÃO. 1.“(...)O meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é direito de todos, protegido pela própria Constituição Federal, cujo art. 225 o considera "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida". (...) Além das medidas protetivas e preservativas previstas no § 1º, incs. I-VII do art. 225 da Constituição Federal, em seu § 3º ela trata da responsabilidade penal, administrativa e civil dos causadores de dano ao meio ambiente, ao dispor: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Neste ponto a Constituição recepcionou o já citado art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81, que estabeleceu responsabilidade objetiva para os causadores de dano ao meio ambiente, nos seguintes termos: "sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade." " [grifos nossos] (Sergio Cavalieri Filho, in "Programa de Responsabilidade Civil") 2. As penalidades da Lei n.º 6.938/81 incidem sem prejuízo de outras previstas na legislação federal, estadual ou municipal (art. 14, caput) e somente podem ser aplicadas por órgão federal de

do risco – teoria absolutamente adaptada à ordem econômica do capitalismo e às regras definidas pelos art. 170 e seguintes da Carta Magna – sendo irrelevante a conduta (dolo ou culpa) das pessoas físicas ou jurídicas que eventualmente se encontrem na condição de poluidoras.¹³⁴

Ademais, no que se refere ao nexa causal, este é um elemento objetivo, pois alude a um vínculo externo entre o dano e o fato da pessoa ou da coisa.¹³⁵

Na hipótese, o explorador da atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito a atividade estarão sempre vinculados a ela. Não se investiga ação, conduta do poluidor/predador, pois o risco a ela subsistiu.¹³⁶ Assim, na responsabilidade objetiva o debate se trava na existência ou não do nexa de causalidade.

Na esfera ambiental, é de grande dificuldade a aferição do nexa causal, pois o dano pode ser resultado de várias causas concorrentes, simultâneas e sucessivas (se pode estar lidando com danos anônimos ou de emissor indeterminado e danos causados por poluição crônica). Daí que Antonio Herman Benjamin afirma que “é o império da dispersão

proteção ao meio ambiente quando omissa a autoridade estadual ou municipal (art. 14, § 2º). A ratio do dispositivo está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação 3. À Capitania dos Portos, consoante o disposto no § 4º, do art. 14, da Lei n.º 6.938/81, então vigente à época do evento, competia aplicar outras penalidades, previstas na Lei n.º 5.357/67, às embarcações estrangeiras ou nacionais que ocasionassem derramamento de óleo em águas brasileiras. 4. A competência da Capitania dos Portos não exclui, mas complementa, a legitimidade fiscalizatória e sancionadora dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente. 5. Para fins da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, qualifica-se como poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação Documento: 954973 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJ: 15/12/2003 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça ambiental. 6. Sob essa ótica, o fretador de embarcação que causa dano objetivo ao meio ambiente é responsável pelo mesmo, sem prejuízo de preservar o seu direito regressivo e em demanda infensa à administração, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento. 7. O poluidor (responsável direto ou indireto), por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - "sem obstar a aplicação das penalidades administrativas" é obrigado, "independentemente da existência de culpa", a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, "afetados por sua atividade". 8. Merecem tratamento diverso os danos ambientais provocados por embarcação de bandeira estrangeira contratada por empresa nacional cuja atividade, ainda que de forma indireta, seja a causadora do derramamento de óleo, daqueles danos perpetrados por navio estrangeiro a serviço de empresa estrangeira, quando então resta irretorquível a aplicação do art. 2º, do Decreto n.º 83.540/79 9. De toda sorte, em ambos os casos há garantia de regresso, porquanto, mesmo na responsabilidade objetiva, o imputado, após suportar o impacto indenizatório não está inibido de regredir contra o culpado. 10. *In casu*, discute-se tão somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ. 11. Recurso especial improvido. (REsp 467.212/RS. Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.10.2003)

¹³⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138.

¹³⁵ ALSINA, Jorge Bustamante. Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires: Abeledo-Perr, 1979, p.217.

¹³⁶ MARCHESAN, Ana Maria Moreira, Annelise Monteiro Steigleder, Silvia Capelli. Direito Ambiental. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 196.

do nexu causal, com o dano podendo ser atribuído a uma multiplicidade de causas, fontes e comportamentos, procurando normalmente o degradador lucrar com o fato de terceiros ou mesmo da vítima, com isso exonerando-se.”¹³⁷

Restam muitas dúvidas científicas na relação de causalidade e dificuldades técnicas de provar inequivocadamente que certa conduta resulta em determinada lesão, o que é explícito resultado da carência de conhecimento científico. Neste sentido, Benjamim ainda assevera que raramente há um único responsável¹³⁸ e, em vista das possíveis fontes múltiplas do dano ambiental, o art. 942 do CC¹³⁹ estabelece a solidariedade passiva.

Enfatiza retromencionado entendimento Afonso da Silva, ao afirmar que aplicam-se as regras da solidariedade entre os responsáveis, podendo a reparação ser exigida de todos e de qualquer um dos responsáveis.¹⁴⁰

Hodiernamente a jurisprudência tem reconhecido o fator da verossimilhança, o que acarreta no afrouxamento da carga probatória do nexu de causalidade em matéria ambiental, consoante se depreende de recente voto em julgado do Des. Macedo Machado, do TJ de Santa Catarina (ApCiv 9800924-3/SC):

A proteção do Parque, como área de preservação permanente, é realizada através da proibição e da fiscalização de se levantarem construções fora dos limites consignados no seu plano diretor, evitando-se a forma clandestina; por isto, desnecessária a prova do dano ambiental, bastando a simples ameaça para configurar o dever de ação para resguardá-lo; não se exige prova do dano efetivo, mas apenas sua probabilidade (...).

Ademais, cumpre mencionar que a doutrina tem entendido passível a utilização da inversão do ônus da prova, com fundamento no art. 6º do CDC¹⁴¹, fundamentada na hipossuficiência, sendo o entendimento da jurisprudência do STJ no mesmo sentido (Resp

¹³⁷ BENJAMIM, Antonio Herman. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 9, ano 3, jan/mar. 1998, p. 44.

¹³⁸ Ob. cit. p., 11.

¹³⁹ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

¹⁴⁰ AFONSO DA SILVA, José. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 217.

¹⁴¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

972.902/RS).¹⁴²

Cumpra parafrasear outra teoria evolutiva que dispensa a prova do nexo de causalidade, que se dá através da Teoria das Probabilidades¹⁴³, refletindo uma atenuação da prova do nexo de causalidade, que permite a sensibilização do Direito as provas da causalidade em matéria ambiental, relevando que todas essas permitem que o magistrado supere a clássica avaliação jurídica do nexo causal da responsabilidade civil, para um afrouxamento da carga probatória.

Por fim, no que se refere aos valores propriamente ditos, arrecadados em função da aplicação da penalidade de multa em decorrência de infração de caráter ambiental, na medida em que se destinam a bens de natureza difusa, são revertidos para o Fundo Nacional do Meio Ambiente¹⁴⁴, Fundo Naval, fundos estaduais, ou mesmo municipais para resguardar, diante de casos concretos, a tutela jurídica dos bens essenciais à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.¹⁴⁵

2.3 A Indelegabilidade do Poder de Polícia

¹⁴² PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia. 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes. 3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. 4. Recurso especial parcialmente provido.

¹⁴³ MARCHESAN, Ana Maria Moreira, Annelise Monteiro Steigleder, Silvia Capelli. Direito Ambiental. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p.187-192.

¹⁴⁴ Dec. Lei n.º 3.524/2000:

Art. 1o O Fundo Nacional do Meio Ambiente - FNMA, criado pela Lei no 7.797, de 10 de julho de 1989, tem natureza contábil e financeira, e se destina a apoiar projetos em diferentes modalidades, que visem o uso racional e sustentável de recursos naturais, de acordo com as prioridades da política nacional do meio ambiente, incluindo a manutenção, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental.

Parágrafo único. Os projetos de que trata o caput deste artigo são aqueles propostos por instituições que atendam os requisitos previstos na legislação que rege a matéria.

Art. 2o O Ministro de Estado do Meio Ambiente designará responsável pela gestão orçamentária, financeira, patrimonial e administrativa do FNMA.

Art. 3o O Comitê do FNMA, órgão colegiado integrante da estrutura básica do Ministério do Meio Ambiente, com competência definida no art. 17 do Decreto no 2.972, de 26 de fevereiro de 1999, passa a denominar-se Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente, e terá seu funcionamento estabelecido em regimento interno.

¹⁴⁵ FIORILO. Ob. cit. p. 143.

Em específico, no que tange ao Poder de Polícia atribuído às Fundações Ambientais dotadas de Personalidade de Direito Privado, cumpre trazer à liça os dizeres de José Cretella Júnior, estabelecendo que o Poder de Polícia consiste no “conjunto de poderes coercitivos exercidos *in concreto* pelo Estado, sobre as atividades dos administrados, através de medidas impostas a essas atividades.”¹⁴⁶

Já o art. 78, parágrafo único do Código Tributário Nacional, o define nos mesmos moldes supramencionados, *in verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar n.º 31, de 28.12.1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e , tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio do poder.

Isto é, resta claro que o poder de polícia, em geral, resulta em delimitações e vedações de condutas e, ainda, em imposição de penalidade. Nossa própria Lei Maior também prevê que o poder de polícia é indelegável sendo de competência exclusiva da Administração Pública Direta, conforme Professor Edimur Ferreira Faria, “só a Administração Pública direta, nas três esferas da Administração Pública, e as autarquias têm competência para exercer a polícia administrativa.”¹⁴⁷

Assim, prevê o art. 4º, III, da Lei Federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observada as seguintes diretrizes:

¹⁴⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 547.

¹⁴⁷ FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 202.

(...)

III – Indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Em contrapartida, a Lei do Estado do Rio Grande do Sul, que institui a FEPAM (9.077, de 04 de junho de 1990), expressa:

Art. 1º - Fica instituída a Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM, com personalidade jurídica de direito privado vinculada à Secretaria da Saúde de do Meio Ambiente, a quem caberá atuar como órgão técnico do Sistema Estadual de Proteção Ambiental, fiscalizando, licenciando, desenvolvendo estudos e pesquisas e executando programas e projetos, com vistas a assegurar a proteção e preservação do meio ambiente no Estado do Rio Grande do Sul.

Art. 2º - Para Atingir seus objetivos compete à FEPAM:

(...)

IV – exercer a fiscalização e licenciar atividades e empreendimentos que possam gerar impacto ambiental, bem como notificar, atuar e aplicar as penas cabíveis, no exercício do poder de polícia.

Em análise a Carta Magna, bem como a legislação infraconstitucional, acerca do Direito Fundamental ao Meio Ambiente, bem como no que tange ao Poder de Polícia atribuído a entes dotados de Personalidade Jurídica de Direito Privado e, no que toca a legitimidade, cumpre trazer a baila o entendimento basilar de que inexistem poderes sem controles (desregulados), pois todos os atos de exercício de poder estão limitados quanto à sua forma (legitimidade formal) e, principalmente, quanto ao seu conteúdo (legitimidade substancial).

Com efeito, conforme Ferrajoli:

Com efeito, a distinção entre condições formais (legitimidade formal) e condições substanciais (legitimidade substancial) imposta ao exercício do poder é essencial para esclarecer a natureza da relação entre democracia política e Estado de direito. Assim, as regras sobre quem pode e como pode decidir dizem respeito a forma de governo (democrático, monárquico, oligárquico e burocrático), que em uma democracia estabelece as competências e procedimentos: tais são as normas de sufrágio universal de eleição para os poderes executivo e legislativo, o princípio da maioria das de decisões... Por outro lado as regras sobre o que se deve ou não se deve decidir dizem respeito a estrutura dos poderes (de direito, absoluto, totalitário), que num Estado de direito estabelecem que as decisões ficam vinculadas às vedações legais (de suprimir ou limitar senão nas formas e nos casos taxativamente previstos, a liberdade, inviolabilidade do domicílio e da

correspondência, a liberdade de opinião) e as obrigações aos poderes do estado (de remover as desigualdades sociais, de assegurar a instrução e a saúde, de promover as condições que tornem efetivo o direito ao trabalho).¹⁴⁸

Não podemos esquecer que as garantias constitucionais “(...) assumem vital importância para os ordenamentos jurídicos, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença nas Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional”.¹⁴⁹

Neste contexto, o Poder Judiciário teria papel de destaque dentro do Estado Social Democrático de Direito, o qual no dizer de Lênio Luiz Streck, deve “...transcender as funções de *check and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.”¹⁵⁰ Portanto, dentro dessa ótica, caberia ao Judiciário, através do controle difuso, garantir a aplicação dos direitos assegurados na Constituição, eis que a Lei Estadual que institui as Fundações Dotadas de Personalidade Jurídica de Direito Privado com Poder de Polícia, no caso telado, deve ser declarada inconstitucional.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem estabelece que:

Como todo ato administrativo, a medida de policia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, qual a competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei.¹⁵¹

Desta forma, segue afirmando a autora que somente a Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – teoria do garantismo penal, Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de: Diritto e ragione – teoria Del garantismo penale. p. 687.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 226.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Dilemas do Acontecer da Constituição: Politizar o Jurídico ou Judicializar o Político? VII Núcleo de Estudos Avançados do (Neo)Constitucionalismo em Terra Brasilis, setembro de 2003.

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. Direito Administrativo, 24 ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 123.

autorizações) ou repressivamente (mediante a imposição de medidas coercitivas).¹⁵²

Ademais, resta chancelada a ideia da indelegabilidade do poder de polícia à administração indireta quando se compara a fundação de direito privado, ao passo que ao instituir fundação, utiliza tal espécie de entidade para atingir determinado fim de interesse público; serve-se da fundação para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete, da mesma forma que faz às autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, às quais confere execução de serviços públicos.¹⁵³

Nesse rumo, Hely Lopes Meirelles já previa que

o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.¹⁵⁴

Por fim, deve-se distinguir o poder de polícia originário do poder de polícia delegado, pois aquele nasce com a entidade que o exerce e este provem de outra, através da transferência legal. O poder de polícia originário é pleno no seu direito e consectário, ao passo que o delegado é limitado aos termos da delegação e se caracteriza por atos de execução. Por isso mesmo, no poder de polícia delegado não se compreende a imposição de taxas, porque o poder de tributar é intransferível da entidade estatal que o recebeu constitucionalmente.¹⁵⁵

É cediço retromencionado entendimento no Supremo Tribunal Federal que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.717, já se posicionou no sentido de indelegabilidade dos poderes estatais, entre esses, o poder de polícia, consoante ementa colacionada:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS

¹⁵² DI PIETRO, op. cit., p. 118.

¹⁵³ DI PIETRO, ob. cit., p. 448.

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 134.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 136.

SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. **Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.** 3. Decisão unânime. (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, ADI 1.717, DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Julgado em 07.11.2002). (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça também se manteve na mesma linha de entendimento, ou seja, de que o particular não poderia ser titular de tal direito, inovando ao afirmar ainda que esse, inclusive, este estaria comprometido na busca do lucro, o que vai contra a ideia e função atribuída ao poder de polícia, enquanto instrumento de coerção e inibição, nos termos da recente ementa, emanada em sede de Recurso Especial:

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por consequência o cumprimento do requisito do prequestionamento. 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente o atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. 7. Recurso especial provido. (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL Nº 817.534 - MG,

Relator : Ministro Mauro Campbell Marques, Julgado em 10.12.2009)

Os próprios tribunais dos estados da Federação tem entendimento no mesmo sentido, ou seja, pela indelegabilidade do poder de polícia a uma entidade de direito privado, sob o argumento, nesse caso, de que esse poder limita os direitos e liberdades individuais em prol do interesse coletivo, sendo motivo suficiente para impedir o particular de exercê-lo, o que certamente acarretaria em rompimento com os princípios do Estado Democrático de Direito, nos termos da ementa oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE MULTA DE TRÂNSITO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. MULTAS APLICADAS POR AGENTES NÃO INVESTIDOS NO PODER DE POLÍCIA. PODER DE FISCALIZAÇÃO E DE IMPOR SANÇÃO. INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E AUTÁRQUICA. NULIDADES DAS MULTAS DE TRÂNSITO APLICADAS POR AGENTES PARTICULARES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM VALOR RAZOÁVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. O poder de polícia limita os direitos e liberdades individuais em prol do interesse coletivo sendo, portanto, inadmissível que o particular o exerça, sob pena de ameaça aos princípios basilares do próprio Estado Democrático de Direito. A fiscalização do trânsito, notadamente exercício de poder de polícia é indelegável a uma entidade com personalidade jurídica de direito privado. Penalidade aplicada por autoridade incompetente. Ausência de elemento essencial à validade do ato administrativo, que conduz à sua nulidade. A verba honorária de sucumbência, razoavelmente arbitrada pelo juízo *a quo*, em observância aos preceitos legais, não merece reprimenda, devendo, portanto, ser mantida. Hipótese que se subsume ao disposto no art. 557, caput do Código de Processo Civil. Desprovemento do Agravo Inominado. (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do RJ, Processo n. 0025106-90.1999.8.19.0002. DES. Rogerio de Oliveira Souza - Julgamento: 04/05/2010).

Nesse condão, conforme bem assentado pelo Ilustríssimo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Rogerio de Oliveira Souza, o poder de polícia como exteriorização da soberania estatal, só pode ser exercido pelo Poder Público, pois só ele é legitimado a restringir, relativa ou absolutamente, direitos e interesses individuais, em prol de um interesse público relevante, em função de deter, exclusivamente, os atributos da imperatividade, coercibilidade e autoexecutoriedade em face do administrado,

consequências lógicas do *ius imperi*.¹⁵⁶

Não se pode olvidar, nesse diapasão, que as empresas, como no caso telado a FEPAM, fundação criada por autorização legal, tão somente para que o Estado exerça atividades gerais de caráter econômico com o fim, entre outros, precípua de lucro, são, consoante lições de Jose dos Santos de Carvalho Filho, em Manual de Direito Administrativo, “verdadeiros instrumentos de atuação do Estado no papel de empresário”¹⁵⁷, o que é explicitamente incompatível ao exercício de função administrativa de polícia e absolutamente impermeável à ideia de lucro, consoante próprias disposições da Carta Magna, bem como da legislação infraconstitucional, diga-se o art. 78 do Código Tributário Nacional.

¹⁵⁶ Trecho voto RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do RJ, Processo 0025106-90.1999.8.19.0002 - APELACAO / REEXAME NECESSARIO. DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 04/05/2010.

¹⁵⁷ FILHO, José dos Santos de Carvalho. Manual de direito administrativo. 21ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 471-75.

3. JURISDIÇÃO, CRISE, MEIO AMBIENTE E PODER DE POLÍCIA

Cumpramos ressaltar a crise exponencial vivida pelo direito processual. Isto é, hodiernamente não há mais a garantia dos direitos fundamentais, em especial ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isto porque o direito está baseado em filosofias mecanicistas, conforme bem versa o Professor Ovídio Baptista, eis que baseado na ambiciosa criação de um mundo social em que os homens não seriam mais dirigidos pelos homens, e sim pelas leis, acabou por submeter os homens às máquinas, consequência, de resto, imanente como tendência profunda.

Ademais, a crise do processo, em especial no que se refere ao processo administrativo ambiental¹⁵⁸¹⁵⁹, se dá pela herança privatista, decorrente do Direito Romano, eis que, consoante supramencionado, calcado na tutela de interesses individuais, baseado em uma jurisdição privada, se tornando difícil a sobreposição do *Welfare State*.

Na busca e análise do Direito Comparado, em especial aos instrumentos de coerção do ordenamento inglês, se verifica por exemplo, que aquele que recusa o cumprimento de determinação judicial pode sofrer, inclusive, a pena de prisão, verificando-se uma pessoalização das obrigações impostas (*Contempt of court*), em detrimento ao *Civil Law*, de nossa tradição romano-germânica.

Urge, nesse sentido, uma quebra de ideologia e o seguimento da salutar e de grande valia aproximação ao direito comparado, em especial ao *Common Law* e ao Direito Romano-Canônico, vide o exemplo do art. 14, V e parágrafo único do CPC, com o fito de buscar um efetivo instrumento de coerção por parte do poder de polícia ambiental, bem como à importância da filosofia e ao resgate da retórica, o que se traduziria na real promoção dos direitos fundamentais ora consagrados, em especial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹⁵⁸ “A relação do Direito Administrativo com o Direito Processual é bastante próxima. Nos aspectos dos processos civil e penal a relação se dá na própria regulamentação das respectivas jurisdições. Nos processos administrativos são utilizados princípios característicos de processo comum.” MAFRA, Francisco. Relações do Direito Administrativo com outros ramos do Direito e das Ciências Sociais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=791>. Acesso em mar 2014.

¹⁵⁹ “O direito processual é disciplina afim do direito administrativo. O sistema das normas que regulam o funcionamento dos tribunais perante o direito administrativo tem autonomia bastante explícita pelos caracteres da função judicial. As semelhanças seriam respeito nas normas organizadoras dos serviços (secretarias) judiciais e estatuto de seu pessoal.” CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Ed., 1951, p.28-29.

3.1 A Influência da Herança Privatista da Jurisdição no Processo Administrativo Ambiental

O modelo de jurisdição adotado pelo ordenamento pátrio é o Romano-germânico¹⁶⁰. Reconhecidamente ordinarizado, comprometido com a certeza e a segurança, repressivo, ligado ao princípio dispositivo, individualista, burocratizado, moroso e voltado para o passado. Assim, partindo do pressuposto de que o processo administrativo também é permeado pelas concepções ora expostas e, nos termos expostos por Jânia Saldanha, tantos adjetivos, negativos para o mundo atual, mostram o despreparo da Jurisdição e do Processo para as demandas do século XXI. Perdido em seu formalismo e reduzido à instrumentalidade, o Direito Processual, dizem, envelheceu, daí decorrendo sua ineficácia.¹⁶¹

Assaz óbvio que a crise de identidade que assola o Estado e a crise jurisdicional, consoante ora exposto, se referem precipuamente a dificuldade na harmonização do Estado baseado no modelo racionalista-liberal com o Estado Social, *welfare state*, daí decorrendo a necessidade da superação do paradigma privatista-formalista.¹⁶²

Ora, ante a tensão existente, resta claro que o Estado Social não rompeu com o modelo econômico (capitalista e excludente), daí que direitos sociais restam por ser negligenciados, acarretando a exclusão social.

¹⁶⁰ “A primeira família de direitos, que merece reter nossa atenção, é a família de direito romano-germânica. Essa família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a doutrina pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de códigos.

Uma outra característica dos direitos da família romano-germânica reside no fato destes direitos terem sido elaborados, antes de tudo, por razões históricas, visando regular as relações entre os cidadãos; os outros ramos do direito só mais tardiamente e menos perfeitamente foram desenvolvidos, partindo dos princípios do direito civil, que continua a ser o centro por excelência da ciência do direito.

A família do direito romano-germânica tem o seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das universidades européias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do Imperador Justiano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos.” *In*: DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Tradução Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 18.

¹⁶¹ MARIN, Jeferson Dytz (coord.). Jurisdição e Processo. V. III, Curitiba: Juruá, 2009, p. 48.

¹⁶² MARIN, Jeferson Dytz (coord.). Jurisdição e Processo. V. II, Curitiba: Juruá, 2009, p. 17.

Referido tensionamento entre projeto político constitucional e projeto econômico subjaz à fórmula do Estado Contemporâneo. Democracia como política e capitalismo como economia não formam um par perfeito. Pelo contrário, são gêmeos de tradição liberal que trilham caminhos distintos, contraditórios, mesmo que, no desenho do Estado Social promovam intersecções, algumas das quais vantajosas.¹⁶³

Ora, o dilema é resultado do descompasso das promessas constitucionais e as possibilidades de sua realização que, conforme José Luiz Bolzan de Moraes:

O Estado Social impescinde de um poder político forte, de um lado e de outro, a desconfiança/descompromisso coletivo e individual com o seu projeto constitucional, naquilo que se identifica com o sentimento constitucional¹⁶⁴, o que pode traduzir um abandono do Estado Constitucional à sua própria sorte ou, ainda, uma tentativa de (re) aproximação de seus conteúdos privadamente, em particular pessoa atores individuais de alguma forma já incluídos, fortalecendo a exclusão social.¹⁶⁵

Acerca das razões das crises do Estado, o professor Ovídio Baptista, alerta que essas são várias. A primeira dessas crises é a conceitual. Referido doutrinador esclarece que a soberania do Estado, desde Rousseau, fulcra-se na vontade geral, que ampara a transferência de poder do povo ao soberano, com forte acento moral. O que ocorre, contudo, em face da atividade centrífuga¹⁶⁶ de dispersa dos locais do poder e em face do surgimento das ONGs, associações, parcerias público-privadas e dos blocos econômicos há a necessidade de um (re)pensar da soberania do Estado. Internamente, a descentralização a muito vem sendo implementada e externamente, a economia impulsionou países na busca de seu fortalecimento do papel negociador na esfera internacional, estabelecendo grupos de interesses. Dessa forma, a globalização exerce caráter mutante no esteio precípua da definição do Estado, a soberania, dando azo ao chamado Estado-Região, que enfraquece o paradigma Estado-Nação, assim como o caráter universal dos direitos humanos.¹⁶⁷

Sobre a crise estrutural do *Welfare State* que, nos termos outrora abordados,

¹⁶³ CALLEGARI, André Luís, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha (Organizadores). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. José Luiz Bolzan de Moraes, p.149.

¹⁶⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. O Sentimento Constitucional: Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional como mo de Integração Política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁶⁵ Ob Cit. José Luiz Bolzan de Moraes, p. 153.

¹⁶⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense. p.117.

¹⁶⁷ Ob. Cit. Jurisdição e Processo, V. II, p. 19.

ainda parece ser o melhor modelo estatal, o professor Jeferson Marin segue afirmando que esta se dá precipuamente nas dificuldades do custeio dos direitos sociais. Os governantes, por sua vez, têm buscado alternativas mediante a implementação de práticas idênticas e reiteradas, que passam pelo aumento de carga tributária, privatizações, concessões, parcerias público-privadas e reestruturação do aparato estatal, com vistas a diminuição de gastos com o erário.¹⁶⁸

No que se refere à crise intitulada constitucional, que se refere a inefetividade das diretrizes previstas na Lei Maior, Lênio Luiz Streck bem evidencia essa, ao afirmar que:

Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos.¹⁶⁹

Urge a importância da interpretação para que se tenha efetividade aos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior. Isto porque, as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam a existência de uma pré-compreensão acerca da totalidade do sistema jurídico – político – social. Assim, conforme novamente Lênio, é claro que:

Desse belvedere compreensivo, o intérprete formulará (inicialmente) seus juízos acerca do sentido do ordenamento (repita-se, o intérprete jamais interpreta em tiras, aos pedaços, como bem alerta Eros Grau). E sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica –, é de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) que exsurgirá a sua (in)efetividade.

Calham, pois, aqui, as palavras de Konrad Hesse, para quem resulta de fundamental importância para a preservação e consolidação da força normativa da Constituição a interpretação constitucional, a qual se encontra necessariamente submetida ao mandato de otimização do texto constitucional¹⁷⁰. Trata-se, pois de problema fundamentalmente hermenêutico, muito bem detectado, aliás, por Paulo Bonavides, para quem, para agravar a crise das Constituições, verificou-se o emprego de uma metodologia interpretativa que caiu prisioneira do formalismo e do

¹⁶⁸ Idem, p. 20.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

¹⁷⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

jusprivatismo. Foi, portanto, um equívoco, segundo Muller, a recepção de regras artificiais de interpretação elaboradas pelo positivismo e recolhidas da herança romanista de Savigny, fazendo da realização do Direito e da concretização da norma simples operação interpretativa de textos de norma.¹⁷¹

Ademais, sabidamente que o Direito Romano tinha o viés de tutela a interesses individuais, já que os interesses coletivos eram exceção no processo civil, eis que o Estado – Juiz não contemplava dessa possibilidade, em que pese o poder público admitisse os direitos coletivos enquanto dever e assim era organizado. Assim, ao Estado restava por efetuar uma jurisdição privada, que veio a influenciar o ordenamento pátrio.

O singular fenômeno que acabou plasmando o direito moderno da tradição romano-canônica foi consequência do trabalho dos compiladores medievais, que acrescentaram às duas formas de obrigação- o delito e o contrato – as ditas obrigações legais, sob a consideração de que nos tornamos obrigados não apenas pelo contrato ou pelo delito, mas também pela lei. Ora, se qualquer norma jurídica impõe-nos uma obrigação, a desobediência a qualquer delas resultará em condenação. Manteve-se assim, exageradamente ampliada a estrutura do procedimento privado da *actio* romana: a toda obrigação corresponderá uma condenação, o que decorrerá á sempre que alguma disposição legal seja violada, posto que a lei impõe-nos uma obrigação.¹⁷²

Nesse íterim que a proteção, preservação e promoção ao meio ambiente encontra grandes dificuldades. Isto porque, essa proposição aparentemente simples encontra barreiras quando se trata da tutela jurisdicional, atrelada a concepções privatistas, que não se afeioam à natureza do bem ambiental. Tem-se efetivamente, um processo voltado à tutela de interesses individuais, e a utilização desses mesmos institutos, para a proteção de um bem cuja natureza é transindividual e que demonstra-se, muitas vezes, absolutamente inapropriada.¹⁷³

É necessário, nesse sentido, transpor o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando seus conceitos, institutos e instrumentos processuais no

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de como não há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais. Artigo.

¹⁷² Ob. Cit. Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista, p. 133.

¹⁷³ LUNELLI, Carlos Alberto. In Estado, Meio Ambiente e Jurisdição / org. Carlos Alberto Lunelli, Jeferson Marin. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2012, p. 147.

sentido de contemplar, garantir e materializar os “novos direitos.”¹⁷⁴ Cabe buscar uma alternativa aos libertários, cujo prestígio do mercado revela-se absolutamente excessivo, aos liberais contratualistas, que trazem a concepção kantiana de asseguuração dos direitos civis e aos comunitaristas, que valorizam a multiplicidade de identidades presentes na sociedade.¹⁷⁵

No mesmo sentido, Roxana Borges entende que

Mais do que nunca, urge criar e incorporar novas concepções de direito, que se pautem pela ampliação de direitos individuais para a categoria de direitos coletivos *lato sensu* (...) própria das sociedades de massas. Importa, conseqüentemente, uma inesperada mudança no conceito de alguns institutos jurídicos, como processo, dano, propriedade, vida, e em reordenação do sistema jurídico que permita priorizar outros bens como objeto de proteção, direcionando o modelo para uma concepção interdisciplinar e solidária do direito.¹⁷⁶

Esclarece, nessa senda, Jeferson Marin que essa proposta que aponta um viés democrático, deve perceber a linguagem e intersubjetividade como esteios da jurisdição democrática. Ao reconhecer a presença inquestionável dos liberais, na diversidade de percepções individuais e dos comunitaristas, no reconhecimento das diferentes formas de composição da sociedade, a consideração adequada da Constituição e a percepção adequada do tempo surgem como alternativa ao combate da (in)efetividade das políticas estatais e, também, da jurisdição.¹⁷⁷

Segue Jeferson Marin esclarecendo que

O apego às formas do jusracionalismo faz do direito uma ciência que enfrenta um paradoxo constante. De um lado, a espera da segurança jurídica absoluta, o anseio pela uniformidade das decisões judiciais e a sistematização de seus códigos e instrumentos. De outro, a expectativa do mundo contemporâneo, tão diferente daquele do século passado.

O paradigma racionalista, dessa forma, representa um compromisso científico com a exatidão e com o rigor lógico: somente a partir de uma racionalidade o direito natural encontrava sustentação, exatamente quando procurava distinguir-se do absolutismo. O movimento de afirmação do

¹⁷⁴ VOLKMER, Antonio Carlos. In: Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas/ Antonio Carlos Wolkmer e Jose Rubens Morato Leite (organizadores) – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.

¹⁷⁵ Ob. Cit. Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista, p. 53.

¹⁷⁶ BORGES, Roxana Cardoso B. Processo, Ação Civil Pública e Defesa do Meio Ambiente: Os Direitos Difusos em Busca de uma Concepção Não-Individualista de Tutela e Ampla Legitimidade. In LEITE, José Rubens Morato (Org.). Inovações em Direito Ambiental, p. 158-160.

¹⁷⁷ Ob. Cit. Jurisdição e Processo, v. II, p. 24.

antropocentrismo precisou firmar-se em bases que permitissem a sua oposição ao teocentrismo. Decorre daí, então, a sedução pela lógica, que possibilitava a universalidade do direito justificava o jusracionalismo¹⁷⁸

Acerca do racionalismo que permeia nosso sistema, Ovídio Baptista da Silva também verifica que:

A criação do mundo jurídico, tão presente em nossas concepções do direito, foi uma consequência inevitável do racionalismo. Não é de estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar essas verdades eternas que prescindem dos fatos. O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura.

(...)

Ao tratarmos de nossas instituições processuais, veremos que o compromisso com o Racionalismo que as aprisiona, empresta um caráter ideológico a todo sistema, precisamente por representar, hoje, um “modo de pensamento” anacrônico, superado pelo desenvolvimento histórico que nos separa do Iluminismo do século XVIII, representado, em nossa experiência judiciária pelos padrões mentais da celebre Escola de Exegese que teve seu esplendor no século XIX, particularmente na França, de quem somos descendentes, no direito processual civil contemporâneo, pela vida da doutrina italiana.¹⁷⁹

Urge a necessidade do abandono dos critérios lógicos tradicionais, bem como de métodos metafísicos e matemáticos¹⁸⁰ contrários da característica da ciência do espírito, da ciência da compreensão que é o Direito.

No mesmo sentido, Jeferson Marin percebe que:

A instrumentalidade do Direito, assim, foi decisiva para o estabelecimento de seu caráter liberal-racionalista. A história firmou o apego excessivo do direito ao formalismo, ao procedimento, aproximando-o da logicidade. A certeza passou a ser um sujeito presente no cerne de todo debate envolvendo a

¹⁷⁸ Ob. Cit. Jurisdição e Processo, v.II, p. 32.

¹⁷⁹ Ob. Cit. Processo e Ideologia, p. 79 e 22.

¹⁸⁰ Ovídio Baptista ao abordar a crise paradigmática da academia refere que: “Enquanto pensarmos o Direito como uma questão lógica, capaz de ser resolvida como qualquer problema matemático; enquanto não perdermos a ilusão de que a lei – fruto, como o sistema pressupor, de um legislador iluminado – tenha univocidade de sentido, a Universidade conservar-se-á imutável em sua metodologia jurídica, fornecendo ao sistema contingentes de servidores, aptos par a tarefa de descobrir a inefável “vontade da lei”, a que se referia Chiovenda e que, para nosso tempo, confunde-se com a “vontade do poder”. (Ob. Cit. Processo e Ideologia, p. 53).

Ciência Jurídica. Como afirma Chiovenda, “La certezza de diritto, imponendosi alle menti di tutti, accresce, come vedemmo, La sua importanza sociale¹⁸¹”.

A retomada da personalidade dos indivíduos, da ideia de rechaçamento do processo de esteriotipação, do enquadramento classístico, político, profissional e sexual, constituem-se em pressupostos de superação do caráter excludente do liberalismo. O reconhecimento da individualidade enquanto constituinte da sociedade, que produz diferenças que firmam o pluralismo e o combate à igualdade estrutural, que intenta a manutenção do *status quo*, também firmam-se como condições de superação do liberalismo que afunda a modernidade líquida descrita por Bauman.¹⁸²

É irracional fechar os olhos para os momentos peculiares do Direito, tão distantes da lógica formal, mas tão próximos da essência do Direito. O Direito deve compreender essa dimensão, sob pena de perder-se em si mesmo, incapaz que será de responder aos reclamos que se apresentam no mundo moderno.¹⁸³

A importância da teologia é fundamental na acepção do jusnaturalismo, que nos temos expostos por Franz Wieacker, se voltarmos a influência particular sobre a história do direito, são os traços metodológico-sistemáticos do jurracionalismo e a sua emancipação em relação a teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como teoria, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específicos que como exigência prática fornece desde logo a crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral.¹⁸⁴

Em favor das verdades eternas, claras e distintas e o repúdio em especial da retórica por Hobbes, Ovídio afirma que:

Está visto que o repúdio à jurisprudência, depois exacerbado, durante a

¹⁸¹ Segundo Chiovenda, “quasta produzione della certezza giuridica como fine a se stessa è da um lato La funzione più autônoma del processo , perché proccaccia un bene non altrimenti conseguibile: dall’altroè veramente La funzione più elevata del processo civile. Esso ci si presenta qui, nun come um organismo di coazione, ma nell’aspetto più perfezionatoe più reffinato di puro strumento di integrazione e specializzazione della volontà, che é spressa nella legge sollo in forma generale ed astratta; di facilitazione della vita sociale mediante l’eliminazione dei dubbi che intralciano Il normale svolgimento dei rapporti giuridici. Assicurare alle relazione degli uomini La certezza, prevenire gli atti illegittimi anziché copirli col peso di gravi responsabilità, ecco um compito bem degno del processo di um popolo civile”. In: CHIOVENDA, Giuseppe. Saggi di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè, 1993. Volume Terzo, p. 67.

¹⁸² MARIN, Jeferson Dytz. O Estado e a Crise Jurisdicional: a influência racional-romanista no Direito Processual Moderno, p. 20.

¹⁸³ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). Introdução a Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002, p. 98.

¹⁸⁴ WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 2 ed. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967, p. 306.

Revolução Francesa, representou uma tentativa de eliminação da Retórica, em favor das “verdades claras e distintas”, que para Hobbes, como depois para todo os sistemas europeus de tradição romano –canonica, transformou-se no supremo principio ideológico. Na verdade, Hobbes nunca conseguiu livrar-se embora tentasse em suas ultimas obras – do horror pela Retórica.¹⁸⁵¹⁸⁶

Superar o racionalismo e o positivismo ortodoxo é necessário para o alcance efetivo do Direito como ciência do espírito, devendo para tanto, ser observada a compreensão, o diálogo o uso da filosofia da linguagem. Sobre o tema professor Ovídio já afirmou que:

A redução do conceito de ciência, peculiar ao pensamento moderno, que somente concebe como científicos os ramos do conhecimento humano destinados a medir, pensar e contar, fez com que o Direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-se da História. (...) O Direito Processual Civil foi o domínio jurídico mais danificado por essa metodologia, em virtude de ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social e que, além disso, pressupõe que o acesso a seus domínios seja alcançado através da hermenêutica, naturalmente incompatível com o pensamento dogmático.¹⁸⁷

A própria codificação dogmática é objeto da ideologia conservadora racionalista-liberal, que a par de superar a exclusão do individuo deve ser superada para a retomada e reconhecida a individualidade e adotada a filosofia da linguagem como fator a superar a crise que avassala o processo no ordenamento pátrio.

3.2 Os Instrumentos de Jurisdição Coercitiva, o *Common Law* e os *Interditos Romano-Canônicos*

A crise do processo, em especial no que se refere ao processo administrativo ambiental, se dá pela herança decorrente de período em que do Direito Romano, consoante

¹⁸⁵ Skinner, Quentin. Razão e Retórica na Filosofia de Hobbes, original inglês de 1996, Fundação Editora da UNESP: São Paulo, 1997, p. 457.

¹⁸⁶ Ovídio Baptista. Ob. Cit., p. 77.

¹⁸⁷ Ob. Cit. Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista, p.1.

supramencionado, se dava na tutela de interesses individuais¹⁸⁸, baseado em uma jurisdição privada¹⁸⁹, impossibilitando e, na melhor das hipóteses, tornando difícil a sobreposição do *Welfare State*, da incapacidade de atender aos reclamos sociais, o que demonstra a necessidade de adoção de novos modos de compreensão dos institutos processuais.

Assim, com o propósito de garantir a tutela do bem ambiental, é preciso romper com a dogmática jurídica, utilizando novos mecanismos que se revelem capazes de trazer no caso telado ao Direito Processual Civil e Administrativo, instrumentos que garantam sua efetividade. É preciso fazer a adequada releitura da crise renitente que assola o processo, especialmente quando se trata de tutelar os direitos transindividuais, como é o bem ambiental, reconhecendo-a como um sinal de que é necessário adotar uma nova postura.¹⁹⁰

No mesmo sentido Juliana Santilli já se referiu, afirmando que:

Os direitos socioambientais são claramente permeados por conceitos desenvolvidos por outras áreas do conhecimento, e revelam evidente inter e transdisciplinaridade dessa nova área do direito, em que os conhecimentos produzidos pela dogmática jurídica são insuficientes para atender à necessidade de novos paradigmas na relação do homem com a natureza.¹⁹¹

O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais que um fantasma de direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito¹⁹². Assim, através do processo, dotado de medidas coercitivas que visam implementar um direito, é o que dará efetividade ao bem tutelado.

Isto é, através do poder coercitivo, que é dotada a administração pública, através do poder de polícia, é que parece possível implementar condições para forçar (força física) o administrado à determinada medida.

Cristina Motta ao tratar do meio coercitivo, já previa que:

¹⁸⁸ MARIN, Jeferson Dytz. O Estado e a Crise Jurisdicional: a influência racional-romanista no Direito Processual Moderno.

¹⁸⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Processo e Ideologia. p. 133.

¹⁹⁰ Ob. Cit. Estado, Meio Ambiente e Jurisdição, p. 149.

¹⁹¹ SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e Novos Direitos: Proteção Jurídica à Diversidade Biológica e Cultural. São Paulo: Peiropolis, 2005, p.98.

¹⁹² JHERING, R., L'Esprit Du droit romain, III, p. 16, apud. NEVES, Castanheira, Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais, Coimbra Editora, 1993, p. 25.

O meio coercitivo estimula o cumprimento da obrigação, já que atinge diretamente o patrimônio ou a própria pessoa do devedor. A doutrina reconhece a supremacia do interesse do credor na própria prestação do fato ou na abstenção do ato, isto é, uma vez que a satisfação da obrigação depende, em princípio da vontade do obrigado, o legislador busca meios capazes de influenciar a vontade do obrigado.¹⁹³

Nesta senda, em que pese sabidamente se conhecer que a desideologização não se dará por completa, ante as heranças culturais e peculiares a cada povo, a busca e análise ao Direito Comparado, em especial aos instrumentos de coerção do ordenamento inglês¹⁹⁴, onde não há codificação e as decisões se dão baseadas em precedentes, se verifica por exemplo, que aquele que recusa o cumprimento de determinação judicial pode sofrer, inclusive, a pena de prisão, verificando-se uma pessoalização das obrigações impostas, o que se aproxima do *manus injectio*¹⁹⁵, relativo aos primórdios do Direito Romano e que contempla o atual instituto do *Contempt of court*, em detrimento ao *Civil Law*, nossa tradição romano-germânica¹⁹⁶.

Urge, nesse sentido, uma quebra de ideologia e o seguimento da salutar e de grande valia aproximação ao direito comparado, em especial ao *Common Law*. Isto porque,

¹⁹³ MOTTA, Cristina Reindolff. Desacato a Ordem Judicial. – *Contempt of Court*. Porto Alegre, 2002, 252 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). PUC/RS, p. 115.

¹⁹⁴ Sobre a família do Common Law, comportando o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês, as características tradicionais da common Law são muito diferentes das da família de direito romano-germanica. A common Law foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma unequivoca, da marca desta origem. A regra de direito da common Law, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germanica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro. As regras respeitantes à administração da justiça, ao processo, à prova, e as relativas à execução das decisões de justiça têm aos olhos dos common lawyers um interesse semelhante, e mesmo superior, às regras respeitantes ao fundo do direito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade. A common Law está, pela sua origem, ligada ao poder real; desenvolveu-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada, ou quando qualquer outra consideração importante exigia ou justificava a intervenção do poder real; surge como tendo sido, na sua origem, essencialmente um direito público, só podendo as questões entre particulares serem submetidas aos tribunais da common Law na medida em que pusessem em jogo o interesse da Coroa ou do reino. Na formação e no desenvolvimento da common Law, direito público resultante do processo, a ciência dos romanistas, fundada sobre o direito civil, desempenhou uma função muito restrita: as divisões da common Law, os conceitos que ela utiliza e o vocabulário dos common lawyers são inteiramente diferente das divisões, conceitos e vocabulário dos juristas da família de direito romano-germanica. *In*: René, David, p. 19.

¹⁹⁵ Nos primórdios do Direito Romano, o alvo da coerção jurídica era o corpo do devedor. Era a *manus injectio*, medida que permitia que o credor aprisionasse o devedor por sessenta dias. Caso a dívida não fosse paga nesse prazo, facultava ao credor tomar o devedor como seu escravo próprio ou vendido como tal ou ainda a morte. Em caso de serem vários os credores, o saldo do devedor vendido era repartido e, em caso de optarem pelo assassinato, o devedor era esquartejado. Esta medida tinha claro caráter coercitivo, mesmo tendo em vista seus aspectos de autotutela. AMARAL, Guilherme Rizzo. As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

¹⁹⁶ MERRYMAN, John Henry. La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di common Law. Trad. De Anna de Vita. Milano> Guiffre, 1973. P. 180. (Os sistemas de Civil Law não preveem nada semelhante ao instituto anglo-americano do contempt of court em matéria civil.) ob. cit em Estado Meio Ambiente e Jurisdição, /org. Carlos Alberto Lunelli, Jeferson Marin. – Caxias do Sul, RS: Educus, 2012, p.156.

útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para seu aperfeiçoamento.¹⁹⁷

Carlos Alberto Lunelli assevera no mesmo sentido. Isto é, a tutela do bem ambiental requer a desideologização da feição privatista do processo¹⁹⁸. Vide o exemplo do mencionado art. 14, V e parágrafo único do CPC¹⁹⁹, com o fito de buscar um efetivo instrumento de coerção por parte do poder de polícia ambiental, o que se traduziria na real promoção dos direitos fundamentais ora consagrados, em especial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cumprir asseverar a distinção mais elementar do direito inglês, que ao contrário do direito romano-germânico, que se dá entre direito público e privado. Aqui tratamos entre a *common Law* e a *equity*, que em que pese ao longo dos anos terem se aproximado, o primeiro representa os originais tribunais de Westminster, enquanto a *equity* surgiu quando o *common Law* funcionava mal ou insatisfatoriamente, conforme René David,

Porque os Tribunais Reais não podiam ser consultados, ou porque não podiam conceder a solução adequada por um pleiteante, ou porque não tinham meios para bem conduzirem um processo, ou ainda porque chegavam a uma decisão contrária à equidade – os particulares tinham, segundo as ideias da Idade Média, a possibilidade de pedir a intervenção do Rei, fazendo apelo aos imperativos de sua consciência, para que tomasse uma decisão que facilitasse o curso da justiça ou para que impusesse a solução exigida pela justiça. O direito não era um tabu. O rei, soberano justiceiro, devia assegurar aos seus súditos a justiça; a sua intervenção era legítima nos casos em que a técnica do direito era defeituosa.²⁰⁰

Daí o surgimento dos *equity remedies*, relacionados com maior afinidade às *equities*, que se tratam da afronta a autoridade real, sancionada com a prisão, tendo essa

¹⁹⁷ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Tradução Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 5.

¹⁹⁸ Estado, meio ambiente e jurisdição/org. Carlos Alberto Lunelli, Jeferson Marin. – Caxias do Sul, RS: Educus, 2012, p.150.

¹⁹⁹ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

(...)

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.(Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

²⁰⁰ Ob. Cit. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, p. 309.

injunction, consoante alhures mencionado, caráter nitidamente *in personam*, o que garante a efetividade de referido mandamento. No mesmo sentido, corrobora Roberto Pasquel, ao afirmar que es “*um procedimiento judicial que opera in personam y por el cual se requiere a aquel hacia quen es dirigido, a fin de que haga o se abstenga de hacer alguna coisa em particular.*”²⁰¹

Com função de conferir a força e traduzir em efetividade o comando e determinação judicial, o *Contempt of Court* pode ser conceituado como a desobediência proposital ou afronta direta a uma ordem judicial, cabendo relevar que mesmo nos países onde é aplicado, esta ferramenta é alvo de duras críticas, sobretudo pelo fato da imparcialidade do juiz para avaliar e julgar o desacato realizado contra sua ordem ou conduta que atinja de forma pessoal, acumulando os papéis de juiz, testemunha e vítima.²⁰²

Conforme Frignani, “*costituata da um atto di disprezzo della corte o di disobbedienza a un ordine del giudice.*”²⁰³ Nessa senda, cumpre distinguir as duas modalidades de *contempt of court*, sendo o civil e o criminal. De suma relevância enfatizar que o instituto está profundamente ligado à ideia de que a desobediência da ordem, emanada, no caso, do Judiciário, é medida passível de reprovação, numa compreensão publicista da jurisdição, prestando-se também a valorizar a atividade jurisdicional.²⁰⁴

No mesmo sentido Merryman esclarece que, ao contrário dos métodos coercitivos do *Civil Law*, no *Common Law* aquele que recusa o cumprimento de determinação judicial pode, inclusive, sofrer a pena de prisão, verificando-se uma pessoalização das obrigações impostas nas decisões judiciais, enquanto que o sistema da *Civil Law* tende *ad operare* exclusivamente *in rem*.²⁰⁵ Em detrimento ao *Civil Law* que somente haverá o ressarcimento dos danos que, conforme o mesmo autor, “*i remedi giurisdizionali nel processo civile sono quase interamente limitati a que provvedimenti che possono dar luogo ad um ’esecuzione sul patrimonio del debitore.*”²⁰⁶

²⁰¹ MOLINA PASQUEL, Roberto. *Contempt of Court*. México: Fondo de Cultura Económica, 1954, p.70.

²⁰² BARINONI, Rodrigo. Efetivação da Sentença Mandamental. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5732](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5732), acesso em 20/dez2013.

²⁰³ FRIGNANI, Aldo. *L’injunction nella Common Law e L’inibitoria nel Distretto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 38.

²⁰⁴ Op. Cit. Estado, Meio Ambiente e Jurisdição, p. 156.

²⁰⁵ MERRYMAN, John Henry. *La Tradizione di Civil Law nell’analisi di um Giurista di Common Law*. Trad. De Anna de Vita. Milano: Giuffrè, 1973, p.180.

²⁰⁶ Op.Cit. *La Tradizione nella Common Law e L’inibitoria nel Distretto italiano*, p. 181.

Daí que urge trazer a presença o instituto da *astreinte*²⁰⁷, de origem francesa no ordenamento brasileiro que, consoante Lunelli, “não constitui uma forma de ressarcimento de danos, mas uma condenação pecuniária que serve de ameaça, tendo o propósito de induzir o devedor ao adimplemento (...) embora representem uma construção jurisprudencial, constituem-se num excelente instrumento (...) podendo-se considerá-las assemelhadas ao *contempt of court*, em que se submete o processualmente obrigado a uma multa para a hipótese de desobediência de decisão judicial.”²⁰⁸

As astreintes possuem caráter de medida coercitiva destinada a pressionar o devedor para cumprir decisão judicial, e não a reparar os prejuízos do descumprimento da mesma.²⁰⁹ Segue Amaral afirmando que as astreintes não buscam punir o réu por conta do atraso no cumprimento da obrigação, mas sim desestimulá-lo ao descumprimento da ordem judicial. Portanto, caso seja impossível a obrigação se ver cumprida no prazo determinado, não é caso de diminuição do valor da mesma, mas sim postergar a sua incidência, seguindo sempre o princípio da razoabilidade, neste caso aplicável ao prazo.²¹⁰

Assim, o instituto do *contempt of court* serve na qualidade de paradigma a ser aplicado ao processo administrativo de cunho ambiental, sendo uma alternativa por excelência, já que buscará a tradução em efetividade da proteção da tutela ambiental, de caráter transindividual.

Não obstante reconhecido o malefício do paradigma racionalista que permeia todo o sistema processual moderno, seja judicial ou administrativo, cumpre trazer à baila o estudo bem como alternativa para efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o sistema que originou o instituto do Civil Law, qual seja, o Direito Romano.

Nesse âmbito, “nunca é demais recordar que o vocábulo ‘*contempt*’ provém do verbo latino ‘*contenere*’, desobedecer, menosprezar”, que era o verbo empregado pelas Ordenações Afonsinas. Sobre essas, consoante afirma Ovídio Baptista,

²⁰⁷ Introduzido no ordenamento pátrio com a alteração do art. 461, §4º e 461- a do CPC. “Chama-se astreinte a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente.” LIEBMAN, Enrico Tuio. Processo de Execução, São Paulo: Malheiros, Ed. 3, 2005, p. 337.

²⁰⁸ Op. Cit. Estado, Meio Ambiente e Jurisdição, p. 159.

²⁰⁹ Op. Cit. As Astreintes no Processo Civil Brasileiro., p. 61.

²¹⁰ Idem, p. 132.

Havia uma forma de tutela preventiva ainda mais ampla. Era a prevista na disposição: Ord. Livro 3º, Tít. LXXX, §8º: “E em tal apelação, ou protestaço assim feita deve ser inserta e declarada a causa verossímil e razoada, porque assim apelou, ou protestou, como dito é nas apelaçoens. Pode-se por exemplo: Eu me temo de algum, que me queira ofender na pessoa, ou me queira sem razão ocupar, ou tomar minhas coisas; se eu quero, posso requerer ao Juiz que segure a mim e minhas coisas dele, a qual segurança me deve dar; e se depois dela eu receber ofensa do que fui seguro, o Juiz deve aí tornar e restituir tudo o que for cometido e atentado depois da dita segurança dada, e mais proceder contra aquele que brantou, e menosprezou seu poderio”. Além de tudo tornar e restituir, o juiz ainda deveria proceder contra aquele que aquebrantou e menosprezou seu poderio. Era o *contempt of court*, em sua versão primitiva, ainda com o legítimo sabor romano, previsto nas ordenaçoens do reino português e que, agora, estamos interessados em importar do *common law*.²¹¹

Ademais, e notável a origem romano-canônica em nosso ordenamento, em especial no que se refere a instrumentos da tutela jurisdiccional, na qual a *actio* se faz presente, desprovida do *imperium*, que era exercido pelo *praetor* através dos *Interditos*.

Assim, o juiz privado (*iudex*) do procedimento formulário e depois os magistrados do processo extraordinário – já nas fases de desagregaço do Império Romano – limitavam-se a produzir sentenças meramente declaratórias do direito controvertido na causa, pois que a *condemnatio*, tanto no direito romano quanto em nossa moderna sentença condenatória, nada mais é, no plano do direito material, do que simples declaraço.²¹² Resta claro que a jurisdiço hodierna se reduziu ao campo declaratório.

Ao contrário do Direito moderno, no Direito Romano, especialmente em suas fases primitivas, preponderava o sentido do dever, na relaço obrigacional, sendo inexistente, ou desprezível, o componente patrimonial, caracterizado pela responsabilidade, como vínculo capaz de estabelecer a sujeiço dos bens do obrigado ao cumprimento da obrigaço. O *vinculum iuris*, através do qual o devedor ligava-se ao credor (primitivamente ligaço material, *ob+ligatio*), era rigorosamente pessoal e juridicamente incoercível o dever que gravava o obrigado.²¹³

Assim, em face de deturpaçoens e falsificaçoens na migraço do Direito Romano-Canônico, resta por eivar o processo de inefetividade e inoperância.

Vale lembrar que essa deturpaço que permeia o direito nos dias de hoje tem

²¹¹ Op. Cit. Processo e Ideologia, p. 219.

²¹² LIEBMAN. Processo de Execuço, 1946, São Paulo, p. 39.

²¹³ SILVA, Ovidio Baptista da. Jurisdiço e Execuço na Tradiço Romano-canônica. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 51.

muito e em especial procedência no cristianismo, já que o próprio professor Ovídio adverte a extrema importância desse para os que pretendem investigar a herança romana, na formação dos institutos modernos. Ao contrário do que em geral se imagina, nossos vínculos com o direito romano são inteiramente intermediados pelo espírito cristão que plasmou o direito do último período romano, permeando-o com outros princípios e injetando-lhe novos valores, inteiramente diversos e às vezes antagônicos aos valores e princípios formadores do Direito Romano clássico.²¹⁴

Como consequência dessa influência, Baptista já assentou que

É igualmente explicável o predomínio absoluto da *actio* sobre os *interditos*, ocorrido precisamente no momento em que o Império Romano desaparecia cedendo lugar à formação da cultura medieval. O desaparecimento das ações executivas e mandamentais, sufocadas ambas pela tutela condenatória, teve causas mais políticas do que propriamente jurídicas. Com a queda do Império Romano, desapareceu, como era natural que ocorresse, o império do magistrado, consagrando-se a jurisdição como *notio*, não mais como *imperium*, de que os interditos foram, em determinado momento, uma expressão relevante, no direito romano clássico.²¹⁵

A humanização das medidas coercitivas aponta prioristicamente a simples rejeição à barbárie. Contudo, percebe-se que não existe apenas a rejeição à barbárie, mas também que a coerção se desligou do “corpo” do devedor, mas atrelou-se firmemente ao seu “comportamento”. Ora, nos primórdios do direito romano, o alvo da coerção jurídica era o corpo do devedor, a *manus injectio*, medida que permitia que o credor aprisionasse o devedor por sessenta dias, que, se a dívida não fosse paga, autorizava o credor a tomar o devedor como escravo ou vendê-lo, ou ainda, à morte, sendo na hipótese vários credores, o saldo do devedor vendido e partilhado entre credores. A medida tinha explícito caráter coercitivo, mesmo tendo em vista aspectos de autotutela.²¹⁶

O racionalismo, a busca da certeza do direito, notadamente em vista da desconfiança ao magistrado, fez nascer a grande codificação do sistema, prestigiando a *actio*, daí corroborando para os primórdios da crise processual.

Assim, no que se refere à condição de legalidade do ato administrativo do

²¹⁴ Op. Cit., Jurisdição e Execução, p. 91.

²¹⁵ Op. Cit. Jurisdição e Processo, p. 101.

²¹⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25

executivo no poder de polícia administrativa, resta claro que se passa, ratifica-se, pela mesma crise. Isto porque, justamente o atributo máximo do poder de polícia, que é a discricionariedade que fica condicionada, assim como o julgador, consoante de depreende de ementa exemplificativa, que segue colacionada, oriunda do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EDIFICAÇÃO DE IMÓVEL ÀS MARGENS DA LAGOA DO IBIRAQUERA. MUNICIPALIDADE QUE, MANU MILITARI, DEMOLIU PARTE DO MURO QUE CIRCUNDAVA O IMÓVEL LOCALIZADO SOBRE TERRENO DE MARINHA É ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP. DEMOLIÇÃO DO MURO QUE, EMBORA EDIFICADO SEM ALVARÁ, OCORREU SEM A PRÉVIA AUTUAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DOS AUTORES PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA ADMINISTRATIVA. CONSTRUÇÃO ERIGIDA HÁ MAIS DE 10 ANOS SEM OBJEÇÕES. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXERCÍCIO ABUSIVO DO PODER DE POLÍCIA. DEVER DE RESSARCIR OS DANOS MATERIAIS DECORRENTES DA DEMOLIÇÃO DO CONFIGURADO. O fato de os autores não deter o domínio útil, mas a posse sobre terreno de marinha onde construíram acessões há mais de 10 (dez) anos, sem qualquer objeção da União Federal ou do Município de Imbituba, não autoriza o ente municipal a proceder a demolição sumária do muro que circundava a casa, havendo necessidade de prévia autuação e notificação dos ocupantes para defesa administrativa, ou o ajuizamento, desde logo, de ação demolitória, resguardando-se o devido processo legal. "Desrespeitados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, insculpidos nos incisos LIV e LV da Constituição Federal, deve ser mantida a sentença que concedeu a segurança para que fosse sustada a ordem de demolição de obra antes de vencido o prazo dado na notificação para a defesa". (FLORIANÓPOLIS, Tribunal de Justiça de SC, ACMS n. 2009.063445-1, Rel. Des. Jaime Ramos, j. em 02/12/2010).

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, também tem decisão que expressa com fidelidade a falta de discricionariedade por parte do agente público, nos termos da ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACADEMIA DE GINÁSTICA. POLUIÇÃO SONORA NO HORÁRIO PRÓXIMO DAS 19H30MIN, FACE À MÚSICA QUE ESTARIA EM VOLUME ALTO. DANO AMBIENTAL. ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. CONCESSÃO DO MANDAMUS. Concessão do mandamus que se impõe, em face da ilegalidade do ato impetrado oriundo do Secretário do Meio Ambiente que interditou a empresa de atividades físicas sob o argumento do não atendimento às exigências feitas pela administração. Presença de ilegalidade

ou abuso de poder no ato da autoridade impetrada, que extrapolou no exercício do poder de polícia. Viabilidade do cancelamento da interdição pelo Poder Judiciário, que, no caso em comento, mostra-se necessário em face da violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Sentença reformada. APELO PROVIDO. (PORTO ALEGRE, Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível N° 70033374901, Primeira Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 17/11/2010).

Sobre o tema, no que se refere a arbitrariedade e imparcialidade do julgador, na hipótese do processo civil, professor Ovídio assim esclarece:

O princípio que prescreve a neutralidade do juiz, no curso da demanda, é o mesmo que impede a existência simultânea de conhecimento/execução, pois eventual conteúdo executório, numa ação que, pela doutrina, haveria de ser exclusivamente de conhecimento, permitiria a concessão de tutela executiva antecipada, sob forma de liminar, como ainda hoje se dá com nossas ações possessórias do tipo interdital. E isso seria atribuir ao juiz uma faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade. Seria conceder-lhe poder para ordenar, antes de estar em condições de aplicar a lei. Em última análise, seria outorgar-lhe uma dose de discricionariedade inconciliável com a função que o Estado lhe reserva. A concessão de uma medida executiva liminar, numa demanda que somente haveria de conter conhecimento e que depois, no momento da sentença final, resultasse revogada, pelo julgamento de improcedência da ação, corresponderia, para a exigência de neutralidade do juízo, ao exercício de um poder arbitrário, a proteção ainda que provisória, de alguém a quem a ordem jurídica estatal não atribuirá o direito de que o juiz fizera derivar consequências ao conceder a medida liminar.²¹⁷

Resta claro que o desprezo pela retórica do pensamento jurídico moderno bem como, enquanto o julgador não puder proclamar definitivamente que o direito que se mostrar verossímil realmente existe, o modelo que sustenta a ordinaryidade obriga-o a proteger o direito improvável, assegurando a permanência do *status quo* em benefício do demandado, o que pulveriza ao sistema processual como um todo.²¹⁸

Acertadamente, conforme Ovídio Baptista, o estabelecimento de uma nova categoria diferenciada da condenatória, para qual a atividade judicial expressa na sentença, não se limite a uma melancólica exortação ao condenado, mas se traduza em uma ordem imediatamente executiva, é em si mesmo altamente positivo e desejado. Mas as verdadeiras vantagens dessa vitória inicial haverão de refletir-se no novo conceito de jurisdição, agora imperativa e não mais meramente arbitral e privada como a temos concebido e praticado sob o domínio secular do Processo de Conhecimento. Haverá igualmente de impor a recuperação

²¹⁷ Op. cit. Jurisdição e Processo, p. 106.

²¹⁸ Ibidem, p. 190.

dos juízes de verossimilhança a que faz tímido aceno ao art. 273 do CPC, com sua nova redação; provocando, finalmente, o despertar da ilusão racionalista responsável pela tentativa de “geometrização” do direito, livrando-o da servidão em que ele se encontra.²¹⁹

3.3 O Poder de Polícia como Jurisdição Coercitiva Ambiental e a Importância da Retórica

A multa, como instrumento de coerção do poder de polícia ambiental, se faz uma das mais importantes e aplicadas ferramentas com o prol de promover o meio ambiente. Essa, consoante reza a Lei 6.938/81, compõe a gestão de risco ambiental, que é precipuamente norteadada pelos princípios da prevenção e precaução²²⁰.

Recentemente, à título exemplificativo, a FEPAM aplicou um total de R\$ 850.400,00 (oitocentos e cinquenta mil e quatrocentos reais) em multas no período de 15 de maio até 04 de julho de 2013. Neste valor estão incluídos autos de infração para 20 dragas, 11 áreas de extração de areia e três terminais de minério.²²¹ Ora, cumpre questionar se efetivamente atenderia referida sanção ao caráter pedagógico visando a reprimir e coibir o poluidor a praticar tais atos.

Antes de mais nada, é preciso lembrar que a tutela ambiental trata do ressarcimento dos danos de forma integral. Porém, na visão do século XXI, muito mais importante na proteção do ser humano é a prevenção e a precaução dos perigos e desastres, pois, mesmo que as indenizações sejam vultuosas, o que importa é o respeito à integridade

²¹⁹ Ibidem, p. 214.

²²⁰ Acerca dos princípios da precaução e prevenção, cumpre esclarecer que: “Alguns autores analisam a prevenção e a precaução como se fossem um mesmo princípio. Em que pese a inegável relação entre eles, identifica-se a seguinte distinção: a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução vai além, alcançando também as atividades cujos efeitos ainda não haja uma certeza científica”. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Direito Ambiental. Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder, Silvia Cappelli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 50.

²²¹ <http://www.rs.gov.br/noticias/1/113486/Fepam-divulga-resultados-de-operacoes-de-fiscalizacao>, acesso em 28.12.2014. As irregularidades foram cometidas em várias localidades do Estado e incluem diversas infrações: desde operar sem licença ambiental até o descumprimento de condicionantes da licença de operação. Além do pagamento de multas, alguns infratores terão que apresentar um Plano de Recuperação de Área Degradada (Prad), sob pena de ter o valor da multa dobrado. Segundo o chefe da Divisão de Mineração da Fepam, Renato Zucchetti, a força-tarefa obteve maior efetividade nas operações de fiscalização. As irregularidades foram constatadas nos rios Jacuí, Camaquã, Sinos, Arroio Pelotas e nos municípios de Pedro Osório e Viamão. Zucchetti destaca que as ações de fiscalização prosseguirão por tempo indeterminado.

física e psíquica da pessoa humana. Por exemplo, é melhor receber R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) pela morte do filho ou do cônjuge no desastre rodoviário ou aéreo, por exemplo, ou continuar convivendo com eles? É melhor receber R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por ter o rosto desfigurado ou continuar com as feições hígdas?²²²

Corrente a isso, ao nosso sentir, a crise passa também pela instituição do seguro ambiental, que conforme Ancona Lopez, é o oposto da prevenção. Teríamos que ter um sistema que privilegiasse os princípios da precaução e da prevenção e, no caso das medidas falharem, vindo a causar danos, aí sim o seguro iria socorrer as vítimas. É preciso ressaltar que a socialização dos riscos não acaba com os riscos, ao contrário, pode tornar os responsáveis por eles menos cuidadosos²²³, explicitando a ineficácia do instituto da responsabilidade civil, bem como a função coercitiva de referido instrumento no Brasil.

Mencionada professora segue afirmando que

De outro lado, o desenvolvimento do seguro, além de diminuir o cuidado com os riscos, como já falamos, mitiga ou até anula a função preventiva da responsabilidade civil, porque se o seguro vai cobrir os danos não será preciso medidas de prevenção (...) deve ter um efeito pedagógico sobre o ofensor (...) nada adiantará uma humanidade destruída física, mora ou economicamente, apesar de vultuosas indenizações. O crescimento do custos de sinistros de responsabilidade civil é uma fonte permanente de preocupação para as seguradoras do mundo todo. Na responsabilidade civil geral, o custo das indenizações progride mais rapidamente nas principais economias que a atividade econômica, consideradas em conjunto. (...) Acrescenta-se ainda que os novos riscos, aqueles da chamada sociedade do risco, representam maior desafio à atividade dos seguros, pois são impossíveis de prever. Esses riscos possíveis (o risco do risco) não podem ser avaliados segundo métodos atuariais tradicionais.²²⁴

Cabe relevar e ratificar que a instituição dos seguros é de grande valia. Contudo, primeiramente deve-se buscar e atentar a prevenção e precaução de danos.

De outra banda, cumpre trazer à baila o efeito perverso das penas econômicas, como a multa que, sendo muito alta e severa acarretará novamente na inefetividade. Isto é, em que pese ser reconhecido o efeito preventivo de indenizações ou multas pesadas, estas só terão valia se o ofensor for solvente. Já, conforme Michael Knoll, se

²²² LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 54.

²²³ Ibidem, p. 55.

²²⁴ Ibidem, p. 63.

o ponto de insolvência é alcançado, o efeito preventivo das penas muito grandes não só desaparece mas tem efeito contrário, encorajando a atividade condenada. Assim, haveria a possibilidade de falência que, nem o autor do dano individual, nem o empresarial podem perder mais do que seu patrimônio líquido, o que levaria certamente à perda do efeito preventivo, já que grandes indenizações não têm efeito adicional quando o patrimônio do causador do dano está exaurido; o pior de tudo é que continuam a colocar no mercado produtos perigosos, o que não aconteceria se a multa fosse menor.²²⁵

Resta claro o desgaste do caráter pedagógico da responsabilidade em vista do mecanismo securitário. Ademais, é necessário que se ponha em prática o princípio da prevenção como instrumento anterior ao dano, e não como consequência desse, quando o seguro já “reparou” os prejuízos sofridos. Aliás, o seguro é o oposto da prevenção. São figuras antinômicas. Em muitas situações, não há como reparar o mal já acontecido. Somente a função preventiva da responsabilidade civil poderá ser eficaz.²²⁶

Ancona Lopez, acerca da coerção já se posicionou no sentido de que

Tendo em vista a fraca coerção que exerce a prevenção vinda automaticamente de sanções pecuniárias que pesam sobre o réu, os doutrinadores, assim como a jurisprudência de vários países, incluído o nosso, propuseram medidas economicamente mais pesadas para que gerassem uma ameaça ou um temor efetivos em todos os cidadãos.²²⁷

Assim sendo, no caso da pena aplicada pela FEPAM a várias empresas extratoras de areia, que ao longo dos anos prejudicaram o meio ambiente, e que, certamente, ainda trarão danos às futuras gerações bem como ao ecossistema, e, em face dos baixos valores aplicados à título de multa, se mostram em descompasso com a função de intimidar, fugindo da função preventiva da responsabilidade.

Não obstante a relevante contribuição, a almejada efetividade da tutela jurisdicional, com vistas à tutela preventiva, não será alcançada com a simples adoção de institutos estranhos ao ordenamento. Para sua aplicação bem sucedida, devem-se considerar as questões próprias de cada sistema, bem como o modo de produção jurídica dos diferentes

²²⁵ KNOLL, Michael S. Products Liability and Legal Leverage: The Perverse Effect of Stiff Penalties, UCLA – University of California, Los Angeles. Law Review, vol. 45, number 1, outubro 1997, p. 99/140.

²²⁶ TUNC, André. La Responsabilité Civile, 2ª Ed. Paris: Editora Economica, 1989, p. 137.

²²⁷ Ob. Cit., Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil, p. 80

ordenamentos. Não se tratando de ciência exata, mas de ciência do espírito, o Direito exige ainda a percepção do papel da tradição, aceitando que somente a partir da contextualização das decisões se poderá realizar, efetivamente, o seu desiderato.²²⁸

No mesmo sentido, Michele Taruffo verifica na indicação de que existe uma tendência hodierna de afastamento entre as famílias de diferentes ordenamentos, já que para ele, “nesse momento parecem ser mais interessantes e importantes diferenças entre modelos e entre ordenamentos, muito mais do que as tentativas de construir homogeneidades”²²⁹, o que pode ser observado, inclusive no ordenamento da *Common Law* americano, decorrente do ordenamento inglês, *in verbis*:

El proceso adversary, y em particular su fase más visible que ES el Trial, desempeña em efecto una peculiar simbólica, com respecto a La cual son indispensables lós aspectos de ritualismo teatral y de formalismo que de varias maneras ló caracterizan: nos ES casual que se haya delineado La analogia entre el adversary Trial y el theater of fact o lós morality plays mediovaes, para subrayar precisamente que no se trata solo de um método para resolver controversias, sino sobre todo de una represtacion de valores em forme simbólica, encamina a mostrar que tales valores se realizan, y a producir sobre estos consenso y legitimacion.²³⁰

Acerca do discurso da Ciência do Direito, esse será tanto mais profundo quanto mais se ativer ao modelo filosófico eleito para estimular sua investigação. Para Paulo de Barros Carvalho,

Já foi o tempo em que se nominava, acriticamente, de científica a singela coleção de proposições afirmativas sobre um direito positivo historicamente situado, passível de dissolver-se sob o impacto dos primeiros questionamentos. Requer-se, hoje, a inserção num paradigma mais amplo, numa tomada mais abrangente, capaz de manter-se em regime de interação com um esquema que possa realimentar incessantemente o labor da Ciência, nos quadros de uma concepção grandiosa do pensamento humano. O toque da cultura, cada vez reconhecido com maior intensidade, evita que se pretenda entrever o mundo pelo prisma reducionista do mero racionalismo descritivo. Por isso, o sopro filosófico, na forma superior de meditação crítica, há de estar presente em toda a extensão do trabalho.²³¹

²²⁸ MARIN, Jeferson. Tese de Doutorado. Cap. 7, p. 396.

²²⁹ TARUFFO, Michele. Icebergs do Common Law e Civil Law? Macrocomparação e Microcomparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade. In: Revista de Processo, n. 181, p. 169, março de 2010.

²³⁰ TARUFFO, Michele. El Proceso Civil Adversarial em La Experiencia Americana: El Modelo Americano Del Proceso de Connotacion Dispositiva, p. 269.

²³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 04.

No mesmo sentido, a necessidade do paradigma positivista – notadamente aquele de raiz legalista – ainda impera no Direito e que sustenta a Teoria do Fato Jurídico pontesiano²³², eis que permanecemos com o padrão do esquema de Pontes de Miranda, apesar de estarmos num contexto que se apresenta antipositivista.²³³

Isto é, não obstante a Idade Média tenha trabalhado com a ciência da criação e diversidade, de Aristóteles, a Modernidade resgatou Platão, o que acarretou na ciência da exatidão. Na linha da teoria platônica, o Direito como produtor de diferenças de ciência repugna as verdades absolutas, sofreu um forte ultraje, passando a ser equiparado às demais ciências. Assim, a modernidade trouxe de volta a ideia de Aristóteles e devolveu ao Direito a retórica, percebendo-o como um processo de construção permanente em relação às demais ciências.²³⁴

Daí a importância de trazermos à liça a teoria da argumentação de Perelman, baseada em discursos persuasivos. Assim, em meados do século XX, quando da publicação de sua obra, ele trouxe, cheio de dúvidas, vários questionamentos:

Seria possível que algumas ideias e decisões pudessem ser lógicas mas não razoáveis? Se algo é racional, deveria ser humano? Se existem imposições da razão que não são moral e humanamente recomendáveis, não deveríamos reavaliar criticamente os atributos de nossa argumentação? Não seria abstrato afirmar que qualquer sistema normativo é arbitrário e logicamente indeterminado?²³⁵

²³² Conforme Wilson Engelmann, “ao se examinar as bases sobre as quais Pontes de Miranda edifica a Teoria do Fato Jurídico são encontrados traços marcantes do positivismo jurídico. No Prefácio do Tratado de Direito Privado pode-se ler: os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos. (Pontes de Miranda, 1954, Tomo I, p. IX). O autor grifa a expressão ‘sistemas lógicos’, dando-lhe tonalidade de relacionamento categórico de premissas que vão sendo preenchidas pelos fatos sociais, abrindo distinção entre dois mundos: mundo fático e mundo jurídico, separados entre si. É a partir dessa visão sistêmica, numa denominada ordem lógico científica, que o autor formula três planos, onde: ‘primeiro expusemos o que concerne ao plano da existência; depois o que se refere ao plano da validade; finalmente o que pertence ao plano da eficácia’ (Pontes de Miranda, 1954, Tomo I, p. XX)” In: ENGELMANN, Wilson. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Andre Luis Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 291.

²³³ ENGELMANN, Wilson. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Andre Luis Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 297.

²³⁴ MARIN, Jeferson Dytz. O Estado e a Crise Jurisdicional: a influência racional-romanista no Direito Processual Moderno, p. 10.

²³⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2008, P. 444-445.

Dessa forma ele decidiu desenvolver uma lógica de julgamento de valores com a finalidade de rejeitar escolhas irracionais baseadas no interesse, nas paixões, no preconceito e no mito.²³⁶

Isto é, o jurista explicitamente baseia suas ideias na Retórica Aristotélica, ao afirmar que:

Tendo empreendido essa análise da argumentação e um certo número de obras, especialmente filosóficas, e em alguns discursos de nossos contemporâneos, apercebemo-nos, durante o trabalho, que os procedimentos que encontrávamos eram, em grande parte, os da Retórica de Aristóteles. Em todo caso, suas preocupações aproximavam-se estranhamente das nossas.²³⁷

Sobre seus estudos, cumpre esclarecer brevemente do que se trata a “nova” abordagem instituída por Chaim Perelman que é basicamente um método de argumentação; meramente um método para encontrar soluções razoáveis no campo da política, do direito e da moral. O diálogo é a forma e a alma do processo de argumentação. Certas vezes se tenta persuadir um único indivíduo, outras vezes grupos sociais inteiros, daí a diferença de auditórios de que trata Perelman.

O termo retórica, tem sua origem do grego *rhetoriké*, "arte da retórica", subentendendo-se o substantivo *téchne*²³⁸, e tem sido conceituada como a arte do *logos*, da fala, “de demonstrar eloquência diante de um público para o conquistar para a nossa causa”²³⁹. Tem utilidade “desde a persuasão à vontade de agradar: tudo depende precisamente da causa, do que está em causa, do problema que motiva alguém a dirigir-se a outrem”.²⁴⁰

Sobre a retórica de Aristóteles, que originou a “evolução” com Perelman, cabe esclarecer principalmente que esse não a trata só como uma teoria, mas sim como um

²³⁶ MANELI, Mieczyslaw. A Nova Retórica de Perelman. Filosofia e Metodologia para o Século XXI. Barueri: Manole, 2004, p. 185.

²³⁷ PERELMAN, C. Rhétoriques, Logique et Rhétorique. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1989, p. 71.

²³⁸ PACHECO, Gustavo de Britto Freire. Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25334-25336-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013, p. 01

²³⁹ MEYER, Michel. Retórica e Comunicação. Disponível em:

<http://filosofia.esmonserrate.org/turmas10_11/textos/textos/ret_e_com.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013, p. 31

²⁴⁰ MEYER, ob. cit. p. 31.

saber científico, que envolve tanto o teórico quanto o técnico, o artístico e o científico puro.²⁴¹

Consoante Perleman, o importante na argumentação, não é saber o que o próprio orador considera verdadeiro ou probatório, mas qual é o parecer daqueles a quem ela se dirige.²⁴² O autor segue, afirmando que é ao auditório que cabe o papel principal para determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores.²⁴³

A Nova Retórica não é a arte da hipocrisia. Não é a arte de usar meios imorais para fins imorais. Essa na verdade pressupõe um diálogo livre com um público livre.²⁴⁴ É, outrossim, a arte de conquistar o pensamento e o apoio de pessoas que podem estar erradas, mas que, pelo menos, têm a boa vontade de começar a pensar sobre determinado assunto.²⁴⁵

Em contrapartida, sobre a profunda crise do sistema processual hodierno, a retórica é uma maneira de sobrepujar o poder das aparências, dos dogmas, das verdades óbvias do senso comum. O fluxo retórico de argumentos, o apelo à audiência e o convite para o diálogo são as ferramentas críticas às ideias simplistas que permanecem enraizadas na mente das pessoas.²⁴⁶

A Nova Retórica, em consonância aos estudos já realizados, leva em consideração a falta de atitude crítica que a maioria das pessoas aceitam como lógico, óbvio e racional. É contra o dogmatismo. A favor do pluralismo, da democracia e da liberdade intelectual ilimitada.²⁴⁷

No mesmo sentido, no que se refere ao caráter aritmético que adotou a Ciência do Direito, Margarida Maria Lacombe Camargo, assim se posicionou:

Perelman parte do princípio de que o raciocínio valorativo viu-se marginalizado da filosofia ocidental nos últimos séculos, por ter sido equiparado à irracionalidade ou à ausência da razão. Assim era visto porque fugia do modelo geométrico admitido como o único verdadeiro científico. Mas Perelman percebe que nem tudo se sujeita ao campo da matemática, que exhibe como verdade apenas aquilo que é rigorosamente demonstrável ou provado como evidente. Admite existir um outro âmbito da existência cujas

²⁴¹ ALEXANDRE JUNIOR, Manuel. Introdução. In ARISTÓTELES. **Retórica**. Vol. III, Tomo I. 2. ed. rev. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 10.

²⁴² PERELMAN, Tratado da Argumentação. Op. Cit., p. 26.

²⁴³ Idem, p. 27.

²⁴⁴ MANELI, 2004, p. 54.

²⁴⁵ PERELMAN, 1996, p. 20.

²⁴⁶ MANELI, 2004, p. 51.

²⁴⁷ CASTRO, 1999, p.195.

relações não se sujeitam ao argumento da indiscutibilidade, qual seja, o das relações humanas. Trata-se da práxis ou prática deliberativa conduzida pela ação moral, relativa à tomada de decisão. Decisão esta, tida por seu agente como a mais adequada para determinada situação.²⁴⁸

A necessidade do diálogo numa efetiva reordenação das diversas fontes donde emergem as normas jurídicas, se faz necessário quando da aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte. Ora, essa modalidade de diálogo ainda está centrada no paradigma legalista.²⁴⁹

Cumprе enfatizar que alguma das ideias centrais que se pode depreender da obra de Perelman é de que a argumentação é essencialmente adaptação ao auditório, mostra-se indispensável um conhecimento deste. Somente com o conhecimento desse, que é imprescindível, se mostra possível dar início ao processo de argumentação.

Nesse sentido, resta claro que poder-se-ia considerar Perelman como um sofista. Isto é, aquele que se move exclusivamente no domínio da eficácia do *logos*, eis que para Aristóteles, a sofística apresenta-se como filosofia, ela é uma aparência de filosofia porque se move no mesmo gênero da realidade, indagando o filósofo sobre o justo, o belo, o verdadeiro, etc. Contudo, o sofista privilegia a eficácia do *logos*, isso é, da função da persuasão dos interlocutores através da linguagem.²⁵⁰

Um argumento não é correto ou incorreto e sem valor, mas é relevante ou irrelevante, forte ou fraco, consoante razões que lhe justificam o emprego no caso.²⁵¹

No que se refere ao raciocínio jurídico, cumprе estabelecer que este é a conclusão a partir de certas premissas. Na hipótese do juiz, ou mesmo do ente executivo que aplica a penalidade decorrente da infração à normas ambientais, compreende-se que as técnicas de prova e de demonstração, utilizadas pelas partes, deverão, para ser bem-sucedidas,

²⁴⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188.

²⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 51, p. 34-67, jul-set 2004.

²⁵⁰ LISBOA, WLADIMIR BARRETO. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/ orgs. Lênio Luis Streck, Jose Luiz Bolzan de Moraes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p.270.

²⁵¹ MANELLI, 2004, P. 26.

adaptar-se às convicções e à formação daqueles de quem depende a decisão.²⁵²

Importante aspecto trazido pela teoria de Perelman é o de que em uma decisão, o raciocínio jurídico não é uma mera dedução que se aterá a aplicar regras a casos particulares. O poder concedido ao juiz (ou aplicador da sanção) de interpretar, eventualmente completar a lei, de qualificar fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das provas, o mais das vezes basta para motivar as decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis.²⁵³

Sobre lógica jurídica, de fato ela não é uma lógica de demonstração formal, mas uma lógica da argumentação, que utiliza não provas analíticas, que são coercitivas, mas provas dialéticas – no sentido aristotélico dessa distinção – que visam a convencer ou, pelo menos, a persuadir o auditório (o juiz nessa ocorrência), de modo que o leve a dirimir sua decisão com uma controvérsia jurídica.²⁵⁴

Falaremos de lógica jurídica a propósito de técnicas que possibilitam qualificar os fatos, subsumi-los sob normas jurídicas, tirar deles as consequências jurídicas. Assim, sabidamente, o julgador se socorre da lógica jurídica quando se trata de escolher a norma aplicável.

Ao cabo, a lógica jurídica é uma lógica que permite levar a seu termo uma controvérsia, na qual os argumentos são confrontados, levando em conta os prós e contras, que são colocados em pé de igualdade. Daí exsurge a importância do desenvolvimento de uma teoria da argumentação.

Não é sem razão que a obra mais antiga consagrada à formação dos juristas é o Tratado do jurista Quintiliano, chamada de *Institutio Oratoria* (Instituição Oratória).²⁵⁵ É esse, de fato, um dos objetivos que se propõe essa Retórica, a mais célebre, depois da de Aristóteles.

Na medida em que o direito é concebido como uma técnica que visa a proteger simultaneamente vários valores, à vezes incompatíveis, a lógica jurídica se apresenta essencialmente como uma argumentação destinada a motivar decisões judiciais, consoante acórdão datado de 1972 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,

²⁵² PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: A nova Retórica*. São Paulo: Martins-Fontes, 1998, p. 213.

²⁵³ PERELMAN. *Ética e Direito*. Op. Cit., p. 489

²⁵⁴ PERELMAN. *Lógica Jurídica*. Op. Cit., p. 215.

²⁵⁵ PERELMAN. *Ética e Direito*. Op. Cit., p. 515.

abaixo colacionado, que representa o início da aproximação à Nova Retórica:

A prova nos crimes contra os costumes. Valoração das conexões indiciárias. Confissão inverossímil e sem conteúdo motivacional. A lógica do processo não é lógica formal. É a lógica argumentativa de Perelman, a tópica de Viehweg, uma arte de pensar por problemas. É uma lógica de juízos de valor referentes ao preferível, em que a adesão não é simples submissão intelectual mas escolha e comprometimento morais. (Porto Alegre, Tribunal de Justiça, Apelação Crime Nº 11080, Câmara Especial Cível, Relator: José Paulo Bisol, Julgado em 13/09/1972)

O papel da retórica se torna indispensável numa concepção do direito menos autoritária e mais democrática, quando os juristas insistem sobre a importância da paz judiciária, sobre a ideia de que o direito não deve somente ser obedecido mas também reconhecido, que ele será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente for aceito.²⁵⁶

A preocupação da retórica é, pois, a lógica jurídica e a argumentação, levando-se em conta o uso da razão. Lembrando que, na lógica jurídica, ao contrário da lógica formal, há valores envolvidos que não são verdades absolutas. Por isso a importância da argumentação no tratado de Perelman, pois dispensa a univocidade da linguagem, “a unicidade *a priori* da tese válida”, e valoriza o pluralismo, o múltiplo, o não-coercivo.²⁵⁷

Cada vez que o recurso à lógica basta para conhecer a resposta de uma questão, esta poderia ser fornecida por uma máquina programada para tanto, e o recurso ao julgador poderia ser evitado. Mas uma vez que uma decisão de justiça deve ser capaz de apreciar a importância dos valores em jogo, que deve poder pesar o pró e o contra, para chegar a uma decisão bem motivada, que leve em conta, de uma forma equilibrada, as exigências da equidade e da segurança jurídica, o juiz não poderá limitar-se ao cálculo de um autômato, mas deverá recorrer a todos os recursos da argumentação, tanto em sua deliberação íntima, em sua tomada de decisão, quanto na redação de uma sentença que comprometerá sua responsabilidade pessoal.²⁵⁸

No que toca a necessidade e imprescindibilidade de motivação das sentenças e mesmo decisões de modo geral, vale explicitar que motivar uma sentença é

²⁵⁶ PERELMAN. *Ética e Direito*, Op. Cit., p. 480.

²⁵⁷ PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação - a nova retórica*. Trad. Maria E.G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. XX.

²⁵⁸ PERELMAN. *Ética e Direito*. Op. Cit., p. 516.

justificá-la. Conforme Perelman,

não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme as suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às consequências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, equitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas concernem a dois aspectos, conciliam as exigências da lei, o espírito do sistema, com a apreciação das consequências. (...) A motivação se adaptará ao auditório que se propõe persuadir, a suas exigências em matéria de direito e de justiça, à ideia que ele se forma do papel e dos poderes do juiz no conjunto das instituições nacionais e internacionais. Como essa concepção varia conforme as épocas, os países, a ideologia dominante, não há verdade objetiva a tal respeito, mas unicamente uma tentativa de adaptação a uma dada situação. (...) O direito é, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão.²⁵⁹

Neste âmbito cumpre frisar e relevar o fato de que a persuasão muito relevada pelo autor. O que se desvincula da manipulação. Diferencia persuadir de convencer. Chama-se persuasiva a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e, convincente, àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional.²⁶⁰

Para o autor, o objetivo do diálogo é ganhar a adesão.²⁶¹

Assim, a argumentação só é considerada cumprida quando chega a persuadir o outro, não bastando a simples apresentação das razões. O ato de persuadir é a finalidade maior da retórica.²⁶²

Também a importância da persuasão na teoria aristotélica é percebida logo na conceituação, quando o próprio afirma que a retórica é “a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir.”²⁶³

No que concerne a argumentação, essa é essencialmente adaptação ao auditório, mostrando-se indispensável um conhecimento deste (valores dominantes, tradições, história, etc.), consoante ora esposado.

Segundo a Nova Retórica, devemos combinar os princípios gerais de direito

²⁵⁹ PERELMAN, *Ética e Direito*. Op. Cit., p. 569.

²⁶⁰ SOUZA, Nadialice Francischini de. Análise do acórdão do STJ em recurso especial nº 1.202.077/MS à luz da teoria da nova retórica de Chaïm Perelman. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3587, 27 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24256>>. Acesso em: 17 set. 2013.

²⁶¹ Idem, p. 50.

²⁶² CASTRO, op. Cit., 1999, p. 183.

²⁶³ ARISTÓTELES. *Retórica*. Vol. III, Tomo I. 2. ed. rev. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 95.

com a justiça, a igualdade e o senso comum para alcançarmos determinações razoáveis e justificáveis sem violar as disposições da lei vigente e ao mesmo tempo preencher suas lacunas.

Assim, quanto mais uma vez cumpre enfatizar que sobre os aspectos da crise processual em que vivemos, resta explícito que ao passo de que os realistas jurídicos se distanciam do positivismo jurídico, tachado de dogmático e esquemático, mais se aproximam de um positivismo não dogmático, mais moderno, mais retórico, consoante se depreende da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de nosso estado e em outras que ao longo do tempo começaram a permear alguns tribunais, bem como Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

À vistas de superação desse modelo ineficiente de salvaguarda dos direitos sociais, entre os quais, o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, cumpre parafrasear a importância da filosofia nessa seara, em especial a ideia do filósofo de que "A linguagem não é somente meio de comunicação, é também instrumento de ação sobre as mentes, meio de persuasão."²⁶⁴

Ora, os anseios sociais poderão ser adequados ao provimento jurídico tão somente com a aplicação da filosofia, numa integração racional das sociedades jurídica e civil. Jeferson Marin retoma a ideia de que "perceber essa realidade e a partir da análise do modo de produção do Direito, dar azo à sedimentação de uma nova forma de compreensão da Ciência Jurídica e sua aplicação é o desafio que se apresenta, na busca da superação do racionalismo e na luta pela construção da cidadania."²⁶⁵

No mesmo sentido, sobre a importância da filosofia, Paulo de Barros carvalho bem explicita que

Não somente aquelas disciplinas de caráter empírico-descritivas de relações interativas, como o são a Psicologia Social do Direito e a Sociologia do Direito, mas todas as posturas cognoscentes do jurídico, entre elas a Dogmática ou Ciência do Direito em sentido estrito, postulam, a cada passo, os incrementos do pensar filosófico, criando novo alento e expandindo, com isso, os horizontes de seu saber: O progresso da pesquisa científica fica na dependência direta do apoio indispensável da filosofia. Daí seu prestígio para o desenvolvimento dos estudos atuais, na multiplicidade de suas

²⁶⁴ PERELMAN, Tratado da Argumentação. Op. Cit.

²⁶⁵ MARIN, Jeferson Dytz. O Estado e a Crise Jurisdicional: a influência racional-romanista no Direito Processual Moderno, p. 17.

manifestações construtivas.²⁶⁶

Descartes estava errado ao afirmar que, quando duas pessoas expressam ideias diferentes sobre a mesma situação social pelo menos uma delas deve estar errada. Perelman contradiz a asserção de Descartes dizendo que talvez ambos estejam certos, que talvez ambas opiniões possam ser provadas no processo do diálogo e argumentação e, finalmente, colocadas em prática.²⁶⁷

Ainda, o autor critica a forma como o pensamento de justiça foi construído ao longo dos tempos, em especial após a Revolução Francesa, bem como a entrada em vigor do Código Napoleônico. A busca incansável pela justiça fez com que o direito mergulhasse em um “raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão”.²⁶⁸

A sua obra sobre a Lógica Jurídica, conforme Nadialice Souza

está dividida em duas partes: na primeira parte ele estuda a construção do raciocínio jurídico positivado no Continente Europeu, desde o Código Civil Francês de 1708 até o momento em que a obra foi escrita, fazendo uma análise crítica de como a escola exegética e as concepções teleológicas, funcionais e sociológicas influenciaram na construção de um direito formal, baseada na dedução; na segunda parte ele demonstra como o pensamento jurídico segue, não a lógica forma, mas a teoria da argumentação da nova retórica, já descrita por ele e analisada no presente trabalho. É no estudo dessa segunda parte que estará o foco do presente trabalho.²⁶⁹

Perelman defende que, em uma discussão, ambas as partes podem possuir opiniões válidas e razoáveis, “pois os problemas humanos, práticos, políticos e morais não podem ser reduzidos à antinomia, ao verdadeiro ou falso.” Acrescenta o filósofo que diversas opiniões podem ser razoáveis ao mesmo tempo, por isso a importância da retórica e da dialética para se chegar a um acordo ou decisão – o acordo ou decisão mais razoável.²⁷⁰

Em sentido similar são as ideias de Wilson Engelmann ao afirmar que o grande desafio é gerar uma teoria que possa identificar os elementos do suporte fático no

²⁶⁶ Op. Cit. Direito Tributário, Linguagem e Método, p. 04.

²⁶⁷ MANELI, 2004, p. 04.

²⁶⁸ PERELMAN. Lógica Jurídica. Op. Cit., p. 13.

²⁶⁹ SOUZA, Nadialice Francischini de. Análise do acórdão do STJ em recurso especial nº 1.202.077/MS à luz da teoria da nova retórica de Chaïm Perelman. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3587, 27 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24256>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

²⁷⁰ MANELI, 2004, p. 26.

Direito e não apenas na lei. Desta maneira, o modelo escalonado em forma de pirâmide, como Kelsen vislumbrava a estrutura das fontes, fortemente verticalizada, deverá ser substituído por uma organização horizontalizada das fontes, onde elas sejam dispostas uma ao lado da outra. Portanto, se substitui a hierarquia pelo diálogo, fertilizado pelo filtro de constitucionalidade assegurado pela Constituição da República. Esse é o Direito que se apresenta para dar conta dos novos desafios que os humanos estão produzindo as diversas vias desses movimentos são fertilizadas e orientada pelo retorno aos sentimentos, por meio da valorização dos Direitos Humanos, do elemento humano, da substituição do conteúdo pela forma. Em última análise, pela valorização do Direito Natural.²⁷¹

Mieczyslaw Maneli, grande defensor das ideias de Chaïm Perelman, reforça essa reflexão, afirmando que a Teoria da Argumentação Jurídica, recuperada por Perelman, permanece viva e se coloca como uma das vias de acesso para “o tratamento da complexidade crescente do fenômeno jurídico”.²⁷²

Maneli também assegura que a filosofia perelmaniana nos capacita a construir uma teoria razoável e racionalista de direitos humanos “*e de interpretação da lei sem se referir a ideias como ‘direito natural’ ou ‘ditados da razão pura’ e sem mencionar ainda o ‘direito divino’.*” Outrossim, afirma que a teoria de Perelman possibilita a apresentação de

[...] argumentos razoáveis em favor de vários valores sociais, baseados na experiência histórica da humanidade, sem deixar essas reflexões ao domínio de julgamentos arbitrários, predominantemente a priori, de teólogos, dogmáticos e afins.

O próprio Perelman, ao apresentar seus conceitos de justiça e igualdade, deu-nos um grande exemplo de como teorias de justiça carregadas de emoção e política podem se tornar objeto de análise acadêmica frutífera.²⁷³

Eduardo Bittar mostra que alguns autores chegam a ver prenúncios de uma Semiótica Jurídica no seio dos escritos de Perelman, o que demonstra a preocupação do filósofo de Bruxelas com a pragmática e o uso do discurso pelos operadores do direito. Bittar explica:

²⁷¹ Op. cit. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, p. 296.

²⁷² Ibidem, p. 14.

²⁷³ Ibidem, p. 6.

Nesta senda da argumentação jurídica, que desbanca o mecanicismo apriorístico da constituição do raciocínio jurídico e abre flanco para a reflexão teórica acerca da porosidade da argumentação jurídica, aberta por Viehweg e trabalhada por Perelman é que irá se formar a semiótica jurídica.²⁷⁴

A Retórica de Perelman representa a visão em que podemos e devemos encontrar uma base razoável (bom senso, nem sempre racional) para a justificação das normas de comportamento, bem como as normas políticas. Assim é que a administração da justiça, num país democrático, resulta de uma constante confrontação de valores, que implica um diálogo entre o poder judiciário, o poder legislativo e a opinião pública.²⁷⁵

De extrema relevância é a contribuição, a par do que até então fora demonstrado, do professor Ovídio, ao lecionar que:

O privatismo e a mercantilização a que o sistema foi conduzido revela-se com bastante nitidez na doutrina sustentada por Marinoni. Em estudo recente escreve: “Ora, de nada adianta impor um não-fazer diante de sua natureza claramente não-patrimonial, sem que ao provimento do juiz seja atrelada uma medida de coerção indireta, como a multa, por que, segundo ele, na realidade, qualquer obrigação infungível, ainda que de fazer, não pode dispensar a multa.

A sociedade humana em que a ameaça de prisão perde a condição de meio coercitivo, capaz de induzir ao cumprimento da ordem contida na sentença, obrigando a que se recorra à multa, como o único instrumento capaz de dobrar a resistência de obrigado, é uma comunidade humana individualista e mercantilizada que perdeu o respeito pelos valores mais fundamentais da convivência social, como o autorrespeito e a dignidade pessoal, transformada, afinal, na grande sociedade, em que o único dispositivo capaz de assegurar a observância das regras jurídicas é a sua monetarização. Submeter-se à prisão poderá, quem sabe, ser até um fato jornalístico que acabara glorificando o gesto de heroísmo e rebeldia.²⁷⁶

Nesse cenário que a crise jurisdicional pode receber importante contribuição visando sua superação. O rompimento com a ótica privatista-liberal, mediante a confecção de um modelo de jurisdição democrática, com o alcance de uma legitimidade social, que contemple a multiplicidade de elementos que compõe a sociedade, redundaria numa efetiva inclusão, contemplando, inclusive, os ditos elementos marginais, que, embora não recebam a efetiva tutela, podem, a partir de um exercício de interpretação adequado, traduzir direitos

²⁷⁴ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2008, p. 455.

²⁷⁵ PERELMAN. Ética e Direito. Op. Cit., p. 542.

²⁷⁶ Op. Cit. Processo e Ideologia, p. 200.

abarcados pela constituição em direitos efetivos.²⁷⁷

Assim que o direito comparado e, em especial na revisitação da retórica é que seremos capazes de representar decisões mais justas, razoáveis e eficientes, não somente pelo instrumento da coercibilidade sugerido no *Common Law* e no Direito Romano Canônico.

O que efetivamente será norteador para que se alcance ao resultado pretendido e almejado é, sim, uma composição com esses, assegurando a herança cultural de nosso país, não esquecendo do papel da tradição e que, certamente, albergará a tutela de interesses transindividuais e coletivos, entre esses o do Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como medida de superação à crise que avassala o sistema pátrio na busca e efetividade ao Estado Democrático de Direito permeado pela herança privatista e individualizada do Direito Romano Germânico.

²⁷⁷ Op. cit. Jurisdição e Processo. V. II, p. 25.

CONCLUSÃO

Esquivando-se de incursionar no típico positivismo jurídico (legalismo formal) que permeia as questões concernentes aos mecanismos de coerção do poder de polícia ambiental com vistas a defesa de bens de caráter difuso, no caso telado do bem ambiental, direito fundamental por excelência, o estudo tem como mote o entrelaçamento das problemáticas que assolam o ordenamento pátrio. Para tanto, julga-se necessário o resgate de ensinamentos da antiguidade, que remontam ao Direito Romano-Canônico, bem como do Direito Comparado, mais especificamente do Direito Anglo-Saxão e ainda da filosofia, da Retórica.

O foco centrado se deu no exame do poder de polícia, do poder de polícia ambiental, bem como instrumentos coercitivos desse. Antes disso, todavia, firmou-se o marco teórico guiador da análise no que se refere aos contornos históricos dos direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, dos primórdios dos direitos humanos, da evolução do Estado Absolutista ao Estado Social, passando pelas revoluções liberais e, chegando, por fim, ao Estado Democrático de Direito e à constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, contudo, sem decair às argumentações meramente formalistas. Para tanto, em consonância à proposta epistemológica, justifica-se a adoção da Constituição de 1988 como parâmetro normativo, bem como a legislação infraconstitucional e a doutrina pátria e alienígena.

Abordou-se a jurisdição administrativa ambiental, o poder de polícia ambiental e suas características ora expostas, de autoexecutoriedade, coercibilidade e discricionariedade, bem como a indelegabilidade desse a administração pública indireta, no caso do nosso Estado da fundação, FEPAM/RS. Para tanto, restou, inclusive, reprisada jurisprudência de casos análogos, tanto em tribunais estaduais, tanto em *case* do Superior Tribunal de Justiça, donde nos filiamos à ideia de que esse é absolutamente indelegável à administração pública indireta, sob as mais variadas e óbvias razões. Isto é, em que pese a necessidade de promoção de instrumentos de coerção para efetividade do bem ambiental, por questões formais e em vista do analisado, o poder de polícia a que é dotada a FEPAM/RS, não pode ser considerado legítimo, devendo ser declarado inconstitucional.

Dando seguimento à pesquisa, fora esposada a evolução história do instituto do poder de polícia e instrumentos de coerção no direito comparado, bem como no direito

pátrio, ressaltando que inevitavelmente e propositadamente tivemos que adentrar nas questões que fazem com que a crise se faça presente no ordenamento pátrio. Crise essa de efetividade. Crise processual que decorre dos modelos mecanicistas, oriundos do *Civil Law*, dos dogmas, que permeiam nosso ordenamento, da herança privatista de um processo que não tem como condão a tutela de interesses difusos e coletivos, mas tão somente os individuais.

A crise não se esgota no problema do ordenamento. A crise é do Estado. Essa vem representada pelo tensionamento insuperável da diferença existente do Estado que tem como política a Democracia, o Bem Estar Social; e da economia, que é Capitalista, aquela que é excludente por natureza. De um lado, o Estado se coloca como provedor dos direitos sociais que, diga-se de passagem, estão, inclusive, garantidos na Carta Maior e, de outro, o Estado é fomentado pela economia capitalista, pela ideia do lucro, o que é inexoravelmente e paradoxalmente incompatível com o *Welfare State*.

Ademais, no que se refere aos métodos coercitivos propriamente ditos, a problemática segue complexa. Isto porque, com a adoção de seguros por parte das empresas poluidoras, a multa enquanto instrumento coercitivo-inibitório passou a não significar mais fonte de preocupação. Isto é, o instrumento perdeu sua força, seu caráter pedagógico com a adoção dos seguros ambientais que vieram a deturpar a questão da precaução e prevenção, corolárias quando tratamos da esfera de proteção ambiental. Não se trata de desprezarmos a multa enquanto instrumento de caráter coercitivo, mas de readequarmos estes, já que a ideia basilar da sanção é justamente que se evite, que o poluidor seja inibido à não poluir, promovendo assim os institutos guiadores da Precaução e da Prevenção, em matéria ambiental.

Há, nessa perspectiva, em especial baseado na questão de caráter ambiental, a necessidade de superação dessa crise através não só da aproximação com o Direito Comparado, claro, respeitando as tradições culturais do país, mas em especial com a busca aos tempos idos, do nascimento do Direito Romano-Canônico, na ideia dos *Interditos*, quando o *preteur* efetivamente tinha poder e poderia decidir sem ficar somente condicionado à legislação, o que traduzia em efetividade suas decisões e daí que ficava evidente o caráter coercitivo de suas medidas, que eram por obvio respeitadas, eis que dotadas do *imperium*. Poder esse que se assemelha a discricionariedade dos agentes dotados do poder de polícia ambiental, já que essa, componente e característica essencial do poder de polícia, encontra-se extremamente vinculada à legislação, sendo que qualquer ato que importe uma decisão que

não a prescrita, restará por ser rechaçado e, por conseguinte, certamente restará por configurar abuso de poder por parte do agente administrativo.

No intento de cumprir o projeto ambiental legalmente estabelecido, necessário rever a análise ao meio ambiente equilibrado, previsto na carta magna, no intuito de que se transforme em efetividade esse direito fundamental. Já que a ideia não é mais de justificar um direito fundamental, mas de dar efetividade à esse. Há a necessidade de quebrarmos o paradigma do suporte fático, da ideia do positivismo jurídico exacerbado, do racionalismo.

Se verifica a necessidade urgente da implementação do diálogo, da ruptura do dogmatismo, do efetivo uso da filosofia a daí a imprescindibilidade da utilização da retórica através do *logos*, que serve, assim como os demais institutos abordados e, desde que devidamente cotejados, como norte para, então, salvuardarmos referido bem ambiental a tutelado pela Constituição e, sabidamente, enquanto direito fundamental e garantido as presentes e futuras gerações.

Assim sendo, o estudo parece demonstrar a possibilidade e validade da utilização de aproximação ao direito comparado, do *Common Law* e o *Contempt of Court*, através da força e poder de coercitividade do decisor, bem como aos remotes de tempos idos, com o Direito Romano-Canônico e os *Interditos*, no que se refere ao papel desempenhado pelo *preteur*; e, por fim, da utilização da Retórica, em especial aos ensinamentos trazidos pelos filósofos Aristóteles e Perelman, através da releitura da obra do primeiro, em que em que pese não se valer de instrumentos coercitivos, traz a baila a ideia do diálogo, da argumentação, da superação ao positivismo exegético, o que certamente acarretaria em benefícios ao ordenamento de nosso Estado-Nação, possibilitando ao aplicador da medida a percepção de qual sanção estaria prestigiando o bem ambiental enquanto instrumento inibitório que, consoante analisado, por mais das vezes através tão somente da própria prisão, do *Common Law* e do Direito Romano Canônico, não se valeriam como tal.

Resta que, não somente a reanálise de referidos institutos e revisitas a ordenamentos pretéritos, tratarão de fomentar a necessária e almejada fuga do positivismo Kelsiano, que infelizmente, permeia o ordenamento pátrio e o processo judicial e administrativo como um todo.

Assim, e somente assim, com o resgate da filosofia, com espírito crítico e tendo a consciência de que a ciência do direito, não é uma ciência exata, de formulas

geométricas, excludente, pois sim, uma ciência do espírito, uma ciência que convida ao constante diálogo, é que chegaremos ao fim buscado e amparado pela Constituição Federal, qual seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Urge a superação, no caso em tela, à crise que avassala o direito processual em sua plenitude, até que em determinado momento da história, de tantas e constantes mudanças a direitos humanos e fundamentais que representam cada era, se possa, finalmente, atingir o ainda utópico Estado de Direito Ambiental. Nesse, todos seres serão responsáveis e guardiões do bem fundamental, qual seja o bem ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria General de la Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: Ableledo-Perr, 1979.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ANDREAS J. Krell et al; Ingo Wolfgang Sarlet, org.- **Estado Socioambiental E Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- ANTUNES, Luis Filipe Colaço. **A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo – Para uma Legitimação Processual**. Coimbra: Livraria Almedina.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Vol. III, Tomo I. 2. ed. rev. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. **Curso de Processo Civil**. 6. ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Da Função à Estrutura**. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Mestrado e Doutorado da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Unisinos, 2009.
- _____. **Epistemologia das Ciências Culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- _____. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARINONI, Rodrigo. **Efetivação da Sentença Mandamental**. Disponível em [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5732](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5732). Acesso em 20.12.2013.
- BENJAMIN, Antonio Herman. **O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988**. In *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI*. Sandra Kisi, Solange Teles e Inês Soares (org.), São Paulo: Malheiros, 2005

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Moura; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: ícone, 2006.

_____. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Ed. Jus PODIVM, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

CADERMATORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Ed., 1951.

CALLEGARI, André Luís, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha (Organizadores). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos, n.º 7. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.

_____. **Direito Público do Ambiente**. Texto do Cedoua, Faculdade de Direito de Coimbra, 1995/1996.

_____. **Jurisdicção da Ecologia ou Ecologização**. Revista do Direito, Urbanismo e do Ambiente. Dez. Coimbra: Almedina, n. 4, 1995.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se Faz um Processo**. Ed. Servanda: São Paulo, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, Volume Terzo, 1993.

COSTA, Judith Martins. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**: Tradução Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DI PIETRO, Maria Silvy Zarella. **Direito Administrativo**, 24 ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. Malheiros Editores. São Paulo: 2004.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Meio Ambiente**. Livraria do Advogado. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. SP: Malheiros Editores, 2001.

FILHO, José dos Santos de Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12 ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRIGNANI, Aldo. **L'injunction nella Common Law e L'inibitoria nel Distretto italiano**. Milano: Giuffré, 1974.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa. Ed. Calouste Gulbekian, 1985.

_____. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1989

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução a Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: Do Indivíduo ao Coletivo Extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação José A. Boiteux, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tuio. **Processo de Execução**. São Paulo: Malheiros, Ed. 3, 2005.

LISBOA, WLADIMIR BARRETO. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Lênios Luis Streck, Jose Luiz Bolzan de Moraes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. **Direito, Ambiente e Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. (organizadores). **Estado, Meio Ambiente e Jurisdição**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **O Princípio da Precaução e a Avaliação de Riscos**. Direito e Ambiente. Revista do ILDA. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

MAFRA, Francisco. **Relações do Direito Administrativo com outros ramos do Direito e das Ciências Sociais**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=791>. Acesso em mar 2014.

MAGALHAES, Juraci Perez. **A Evolução do Direito Ambiental no Brasil**. 2ª Ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MANELI, Mieczyslaw. **A Nova Retórica de Perelman**. Filosofia e Metodologia para o Século XXI. Barueri: Manole, 2004.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe: Obra Completa com Comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia**. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Direito Ambiental**. Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder, Silvia Cappelli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MARLMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e Processo** – v. I. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Jurisdição e Processo** – v. II. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Jurisdição e Processo** – v. III. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **O Estado e a Crise Jurisdicional: a influência racional-romanista no Direito Processual Moderno**.

_____. **A Alfabetização Ecológica, Pedagogia e Direito Constitucional**.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 51, p. 34-67, jul-set 2004.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: O caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo. Ed. Malheiros. 37ª Edição, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social.** Revista de Direito Público, São Paulo, ano XIV, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun. 1988.

MENAUT, Antônio Carlos Pereira. **Leciones de Teoria Constitucional.** Madrid: Colex, 1997

MERRYMAN, John. **La Tradición Jurídica Romano-Canônica.** Traduzido por Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

_____. **La Tradizione di Civil Law Nell'analisi di un Giurista di Common Law.** Trad. De Anna de Vita. Milano Guiffre, 1973.

MEYER, Michel. **Retórica e Comunicação.** Disponível em: <http://filosofia.esmonserrate.org/turmas10_11/textos/textos/ret_e_com.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOLINA PASQUEL, Roberto. **Contempt of Court.** México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

MORIN, Edgar. **O Método.** 6 Ética. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MOTTA, Cristina Reindolff. **Desacato a Ordem Judicial.** – Contempt of Court. Porto Alegre, 2002, 252 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). PUC/RS

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial.** Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais**, Coimbra Editora, 1993.

OST, François. **Contar a lei: As Fontes do Imaginário jurídico**. Traduzido por Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

_____. **A Natureza à Margem da Lei: A Ecologia à Prova do Direito**. Lisboa: Piaget, 1997.

PACHECO, Gustavo de Britto Freire. **Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25334-25336-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação - a Nova Retórica**. Trad. Maria E.G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Logica Jurídica: A nova Retórica**. São Paulo: Martins-Fontes, 1998.

_____. **Rhétoriques, Logique ET Rhétorique**. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1989.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Los Derechos Fundamentales**, 6 ed., Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

SKINNER, Quentin. **Razão e Retórica na Filosofia de Hobbes**, original inglês de 1996, Fundação Editora da UNESP: São Paulo, 1997.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: Uma Reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Libertad, Igualdad y Derecho: Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral**. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1988.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Traduzido por Almiro Pisetta; Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos: Proteção Jurídica á Diversidade Biológica e Cultural**. São Paulo: Peiropolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**. O Social e o Político na Pós-Modernidade. Porto: Afrontamento, 1994.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Os Direitos Fundamentais Sociais como Cláusulas Pétreas**. Revista de Interesse Público, n 17, p. 56- 74, 2003.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo W, Luciano Benetti Timm (organizadores). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2010.

SCAFF, Fernando Facury (Org). **Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos**. São Paulo: Renovar, 2007.

SOUZA, Nadialice Francischini de. **Análise do Acórdão do STJ em Recurso Especial nº 1.202.077/MS à Luz da Teoria da Nova Retórica de Chaïm Perelman**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3587, 27 abr. 2013.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson, Sérgio Augustin. **Direito Constitucional do Ambiente**. Caxias do Sul: EDUCS, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2. ed .rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Aplicação dos Princípios Constitucionais: A Função Corretiva da Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. **Dilemas do Acontecer da Constituição:** Politizar o Jurídico ou Judicializar o Político? VII Núcleo de Estudos Avançados do (Neo)Constitucionalismo em Terra Brasilis, setembro de 2003.

_____. **O que é Isto – Decido Conforme minha Consciência?** 2 ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Bem Jurídico e Constituição:** da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de como não há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais. Artigo Científico.

TARUFFO, Michele. **Icebergs do Common Law e Civil Law?** Macrocomparação e Microcomparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade. *In:* Revista de Processo, n. 181, março de 2010.

_____. **El Proceso Civil Adversarial em La Experiencia Americana:** El Modelo Americano Del Proceso de Connotacion Dispositiva.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** – 3ª ed. – São Paulo: Método, 2011.

TUNC, André. **La Responsabilité Civile,** 2ª Ed. Paris: Editora Economica, 1989.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional:** Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional como modo de Integração Política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Editora Almedina, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos e José Rubens Morato Leite (organizadores). **Os Novos Direitos no Brasil:** Natureza e Perspectivas: Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.