

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
MESTRADO EM DIREITO

AILOR CARLOS BRANDELLI

O CONTROLE JUDICIAL DA GESTÃO MUNICIPAL DO MEIO  
AMBIENTE

Caxias do Sul, RS  
2011

AILOR CARLOS BRANDELLI

O CONTROLE JUDICIAL DA GESTÃO MUNICIPAL DO MEIO  
AMBIENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental e Sociedade na linha de pesquisa Direito Ambiental, Trabalho e Desenvolvimento.

Orientador: Professor Doutor César Augusto Modena.

Caxias do Sul, RS  
2011

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por me acompanhar em cada passo nessa escalada do conhecimento.

Aos professores, Dr. César Augusto Modena, pela orientação dedicada na elaboração da dissertação e na busca de referências bibliográficas e ao professor Dr. Carlos Alberto Lunelli, por permitir o debate diário sobre o tema escolhido, lapidando com seu conhecimento e experiência profissional os fatos trazidos, muitos dos quais, compartilhados nos diversos artigos publicados. A esses, meus sinceros agradecimentos e a certeza de que serão para sempre lembrados.

Aos meus familiares, pela minha ausência quando da elaboração do trabalho e nos momentos que pacientemente ouviam minhas divagações acerca do tema escolhido.

Aos amigos, colegas e demais professores pelo salutar ambiente em que foram ministradas as aulas, cujas sinceras amizades e lembranças por certo permanecerão ao longo dos anos.

“Pouco conhecimento faz com que as criaturas sintam-se orgulhosas. Muito conhecimento, que se sintam humildes. É assim que as espigas sem grãos erguem desdenhosamente a cabeça para o céu, enquanto que as cheias as baixam para a terra, sua mãe”.

Leonardo Da Vinci.

## RESUMO

O reconhecimento do bem ambiental e sua efetivação pelos entes estatais demonstra a necessidade de se prover mecanismos de atuação preventiva e corretiva na preservação do meio ambiente, como pressuposto para preservação da própria humanidade. Vários mecanismos de cunho processual são postos à disposição do cidadão para controlar, fiscalizar e exigir a adoção de medidas de preservação em face da finitude dos recursos ambientais existentes. Nesse aspecto, a participação da população na fiscalização e no controle da gestão política do meio ambiente é medida salutar para a preservação do bem ambiental. Entretanto, entraves de ordem processual, aliados ao fato de que o Brasil apresenta contextos culturais, sociais e econômicos com grande disparidade, se demonstram como óbices na efetiva preservação ambiental e mesmo na adoção de políticas públicas necessárias à manutenção e preservação do bem ambiental. Surge assim a necessidade de se prover as instituições de Estado de um novo modelo de gestão dos recursos ambientais, em especial os municípios, onde ocorrem a maior parte das ações administrativas de licenciamento ambiental, bem como, uma nova leitura do processo que passa a gerir direitos difusos e transindividuais nesse atual modelo de atuação na preservação ambiental.

Palavras-chave: gestão ambiental, políticas públicas, jurisdição.

## **ABSTRACT**

The recognition of the ambient good and its realization for the state beings demonstrate the necessity of if providing mechanisms with preventive and corrective performance in the preservation of the environment, as estimated for preservation of the proper humanity. Some mechanisms of procedural matrix are ranks the disposal of the citizen to control, to fiscalize and to demand the adoption of measures of preservation in face of the finitude of the existing environmental resources. In this aspect, the participation of the population in the fiscalization and the control of the management politics of the environment is measured to healthy for the preservation of the ambient good. However, impediments of procedural order, allies to the fact of that Brazil presents cultural contexts, social and economic with great disparity, if demonstrate as obstacles in effective the ambient and same preservation in the adoption of necessary public politics to the maintenance and preservation of the ambient good. It appears thus the necessity of if providing the institutions with State with a new model with management with the environmental resources, in special the cities, where they occur most of the administrative cases of ambient licensing, as well as, a new reading of the process that starts to manage diffuse and transindividual rights in this current model of performance in the ambient preservation.

Word-key: ambient management, public politics, jurisdiction.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
 1. A AFIRMAÇÃO DO BEM AMBIENTAL .....	 11
1.1 Direitos Fundamentais: Bem Supremo da Modernidade .....	11
1.2 A Afirmação dos Direitos Individuais e Transindividuais nas Constituições Brasileiras .....	19
1.3 Direito fundamental ao meio ambiente: seu reconhecimento e efetivação pelos entes estatais .....	31
 2. A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA GESTÃO AMBIENTAL, A PARTICIPAÇÃO POPULAR E O CONTROLE JURISDICIONAL.....	 44
2.1 O Licenciamento Ambiental: Os entes atuadores e os aspectos de concessão .....	45
2.2 O controle da administração pública municipal pelo Tribunal de Contas na gestão ambiental.....	52
2.3 Os princípios processuais, a interdisciplinaridade e sua aplicação nas ações ambientais .....	58
2.4 Legitimidade, competência e outros aspectos processuais: as questões reflexas que dificultam a tutela judicial do meio ambiente .....	73
 3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL: O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA .....	 77
3.1 A Limitação do Poder do Estado em face dos Direitos Fundamentais: O controle constitucional das leis .....	78

3.2 Ações processuais para proteção do bem ambiental: a legitimidade do indivíduo para o controle dos atos administrativos .....	85
3.3 A judicialização da política: a afirmação da democracia e a negação das políticas clientelistas nos governos municipais .....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	100
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	102

## INTRODUÇÃO

A competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, prevista nos artigos 23 e 30 da Constituição Federal de 1988 traduz à responsabilidade do compromisso das administrações públicas municipais na gestão do meio ambiente.

A finitude dos recursos ambientais e as diversas catástrofes de natureza ambiental têm asseverado a necessidade de se promover muito mais do que apenas a educação ambiental, e sim, adotar políticas públicas de prevenção, controle e fiscalização do uso e da manutenção dos bens ambientais, vez que a percepção da limitação da disponibilidade dos recursos enseja medidas concretas de preservação, mormente o risco acerca da sobrevivência de todas as espécies que aqui habitam, inclusive a própria espécie humana.

O reconhecimento do bem ambiental e sua necessária efetivação pelos entes estatais permitem ao cidadão exigir a adoção de políticas voltadas à preservação dos sistemas, bem como, atuar pessoalmente no sentido de compelir o ente a promover ações na defesa do meio ambiente, ou mesmo, responsabilizá-lo pela sua omissão.

Nesse aspecto, a administração pública, em especial a municipal, tem o dever de atuar em prol da preservação ambiental, vez que aos municípios também está disponibilizada a gestão do meio ambiente, através do licenciamento ambiental municipal e do planejamento ordenado do uso do solo, dentre outras obrigações. Ainda que sabedores dos grandes contrastes sociais do Brasil, que tem dimensões continentais, se vislumbra enorme dificuldade em exigir a participação do cidadão na preservação ambiental, quando lhe faltam outros bens necessários à sua sobrevivência.

O Poder Legislativo Municipal e o Poder Judiciário também têm sua atuação reconhecida na preservação ambiental e na fiscalização da atuação do Poder Executivo. Ao Judiciário cabe inclusive o importante papel de idealizador das políticas públicas sociais, bem como, ao Ministério Público e Tribunal de Contas, ambos atuando de forma precípua no resguardo da tutela ambiental, inclusive no controle constitucional das leis.

Ao cidadão, pela via do processo, também lhe é resguardado a possibilidade de controle dos entes estatais, provocando o Judiciário através da tutela jurisdicional ambiental, disposta nas ações judiciais que lhe são pertinentes. Entretanto, as demandas judiciais têm sua efetividade aparentemente comprometida, já que historicamente o processo foi concebido para tutelar direitos de cunho individuais.

O bem ambiental, de natureza difusa e transindividual, reclama efetividade na prestação ambiental, já que as questões reflexas que são pertinentes ao processo civil podem ocasionar a demora na tramitação do feito, consolidando eventual dano ambiental em face da morosidade da prestação jurisdicional, às vezes em face do excessivo rigor processual.

Desse modo, o presente estudo traduz os mecanismos para controle da gestão pública municipal do meio ambiente e as formas de controle do gestor, mediante a provocação do cidadão diretamente ao Judiciário ou mesmo através do Ministério Público e Tribunal de Contas.

O que se busca é demonstrar a existência de ferramentas de atuação existentes e os possíveis entraves na efetividade jurisdicional, decorrentes de uma questão cultural permeada no próprio processo judicial, que por vezes permite consolidar uma situação de degradação ao tempo que se passam anos discutindo questões de cunho meramente processual.

## **1. A AFIRMAÇÃO DO BEM AMBIENTAL**

A visão da natureza como uma fonte inesgotável de recursos sucumbiu nas diversas manifestações decorrentes de sua degradação. O reconhecimento um pouco tardio da finitude seus recursos impôs a necessidade de preservação do sistema como um todo, da sustentabilidade como premissa para o desenvolvimento, sob pena de se segregar ao fim a existência humana. A propalada racionalidade do homem parece não alcançar o entendimento que a simplicidade do convívio dos animais irracionais lhe exemplifica quando do trato com o meio ambiente.

Ainda que reconhecida constitucionalmente sua proteção e delegada parte da gestão ambiental aos entes municipais, em um país de dimensões constitucionais como o Brasil a municipalização do licenciamento ambiental ou mesmo, o conflito entre os entes licenciadores coloca em xeque a efetividade dessa nova dimensão de direitos.

Nesse primeiro capítulo o debate acerca do reconhecimento dos direitos e sua efetivação pelos entes estatais, a transindividualidade desse direito e a possibilidade e conflito na gestão do licenciamento ambiental, demonstra a fadiga na comunicação dos entes no propósito de preservar para as atuais e próximas gerações os bens ambientais existentes.

### **1.1 Direitos Fundamentais: Bem Supremo da Modernidade**

A afirmação dos direitos humanos constitui um processo histórico. O marco inicial desses direitos individuais do homem “pode ser apontado no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado”.<sup>1</sup> Posteriormente, novas manifestações, ligadas à religião, em regra situavam-se apenas quanto a pregação da igualdade entre os homens, como exemplo, a

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 24.

pregação de Buda em 500 a. C., as pregações do Cristianismo fundadas na igualdade de todos os homens, como meio para obtenção da dignidade da pessoa humana.

No período feudal, mesmo com a considerável separação das classes, os diversos documentos da época faziam menção à limitação do poder estatal. Ensina-nos Moraes que “o forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se, porém, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX”.<sup>2</sup> Porém, anteriormente a este período, importantes antecedentes históricos motivaram o amadurecimento e reconhecimento destes direitos. Exemplo disso vem com a *Magna Charta Libertatum*,<sup>3</sup> datada de 1215 por João Sem-Terra, na Inglaterra, que já previa a proporcionalidade da pena, a limitação da tributação e devido processo legal.

Neste período de “reconhecimento de direitos”, os americanos contribuíram notavelmente com a evolução dos direitos humanos, através da Declaração de Direitos da Virgínia e Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ambas em 1776 e a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

O documento de 1776 proclamava direitos à vida, liberdade e propriedade, bem como afirmava princípios da legalidade, do devido processo legal, Tribunal do Júri, o princípio do juiz natural e imparcial. Também reconhecia a liberdade de imprensa e religião, esta última já afirmada pelos ingleses em na *Magna Charta Libertatum* de 1215.

No documento da Declaração da Independência dos Estados Unidos, produzido por Thomas Jefferson, “teve como tônica preponderante a limitação do poder estatal [...]”.<sup>4</sup>

Em crescente evolução, os direitos humanos fundamentais foram consagrados nos dezessete artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional em 26/08/1789, destacando direitos baseados, entre outros, nos princípios da reserva legal e anterioridade em matéria penal, presunção de inocência, associação política, resistência à opressão.

Por efeito dessa declaração, veio ao preâmbulo da Constituição Francesa de 1791 o seguinte manifesto:

O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou

<sup>2</sup> Op. cit., p. 25.

<sup>3</sup> Seriam os direitos da Magna Charta os intitulados, em ordem histórica e cronológica, “direitos fundamentais de primeira geração”, por abarcarem direitos e garantias individuais apenas.

<sup>4</sup> Idem, p. 27.

aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases de sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra de seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão.

A evolução dos direitos humanos fundamentais caminhou, no início do século XX, principalmente por força dos textos aprovados nos mais diversos países no período que o antecedeu<sup>5</sup>, para uma nova ordem de perpetuação de direitos, voltados ao social.

A Constituição de Weimar, de 1919, previu na Seção II, posterior a Seção Dos Direitos e Garantias Individuais, direitos relacionados à vida social; na Seção III, direitos relacionados à religião e as Igrejas; Seção IV, direitos relacionados à educação e ensino e a Seção V, os direitos referentes à vida econômica.

No estudo histórico cronológico, a inserção de direitos econômicos, sociais e culturais nos textos constitucionais enseja sua classificação como “direitos fundamentais de segunda geração”. Nesse sentido Anderson Lobato afirma:

A segunda geração de direitos fundamentais aparece na segunda metade do século XIX e corresponde ao reconhecimento dos direitos de caráter coletivo, por exemplo, o direito de reunião, de associação, de greve, ou ainda os direitos relativos à participação política do cidadão: o sufrágio universal e o direito de criação dos partidos políticos. Um exemplo entre nós deste período é sem dúvida a primeira Constituição republicana de 1891.<sup>6</sup>

Foi a Constituição de Weimar que perpetuou o direito de intimidade do cidadão e de proibição da violação de correspondência, correios, telégrafo e telefone, conforme artigo 117, e de garantir escolaridade mínima, obrigatória e gratuita, aos habitantes do império.<sup>7</sup>

A definição do que sejam direitos fundamentais tem sido objeto do estudo de muitos doutrinadores, uma vez que aparentemente, confundem-se os direitos humanos e os direitos fundamentais. Entende-se, todavia, que os direitos fundamentais são os direitos positivados em nível de direito interno e os direitos humanos são os direitos que estão incorporados nas declarações internacionais que versem principalmente sobre igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Para Lobato “ainda sob a influência do jusnaturalismo, encontramos a

<sup>5</sup> Menciona-se a Constituição Espanhola de 1812 (Constituição de Cádiz), que moderna ao seu período, não garantia a liberdade de religião, mencionando no artigo 12: “A religião da Nação Espanhola é e será perpetuamente a Católica Apostólica Romana, única verdadeira [...]”; a Constituição Portuguesa de 1822 que reconhecia diversos direitos, porém limitava alguns, como a liberdade de imprensa, conforme artigo 8º e a Constituição Belga de 1831, que estabelecia a liberdade de cultos religiosos e direito de reunião e associação (arts 14 e 15).

<sup>6</sup> LOBATO, Anderson O. Cavalcante. *O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito de Curitiba, 1995, p. 146.

<sup>7</sup> Arts. 145 e 146.

expressão ‘direitos do homem’ ou ‘direitos humanos’, correntemente utilizadas nos textos de Direito Internacional”.<sup>8</sup>

Seguindo a mesma linha de pensamento, Canotilho ensina: “os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (*sic*).<sup>9</sup>

Tupinambá Nascimento dá uma dimensão sobre a dificuldade de se conceituar os direitos humanos, ao mencionar que “não é fácil a definição de direitos humanos, concluindo que qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir para o leitor, à exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência”.<sup>10</sup>

Para Arion Sayão Romita, os direitos individuais são “[...] oriundos da Revolução Francesa de 1789, que afirmou o primado do indivíduo (individualismo jurídico) em face do Estado, como reação ao *ancien régime*, caracterizado pela prepotência do monarca absoluto [...]”.<sup>11</sup>

A preocupação da discussão criada em torno das definições dos direitos do homem permitiu a Norberto Bobbio mencionar que:

[...] nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”).<sup>12</sup>

O Texto Constitucional Brasileiro vigente abarcou uma vasta gama de direitos fundamentais e seus reflexos se dão nas leis infraconstitucionais, como, por exemplo, o Código de Trânsito Brasileiro, permitindo ainda o reconhecimento de novos direitos, sejam decorrentes de outros ou mesmo em razão da celebração de tratados internacionais em que nosso país faça parte, uma vez que os mesmos são auto-aplicáveis. Todavia, pelo estudo das definições dos renomados constitucionalistas mencionados, tem-se no texto constitucional brasileiro alguns direitos que não seriam fundamentais num primeiro momento, em especial

<sup>8</sup> Op. cit., p. 145.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 391.

<sup>10</sup> NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Comentários à Constituição Federal - Direitos e Garantias Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 211.

<sup>11</sup> ROMITA, Arion Sayão. *A Revisão Constitucional e os Direitos Sociais*. Revista Ltr. Vol. 57, nº 07, julho 1993, p.780.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 67.

aos que mencionam como direitos fundamentais alguns direitos ditos como sociais, que enfocam em sua gênese o bem estar econômico e outras garantias sociais.

Sobre esses direitos sociais, Bolzan de Moraes diz que:

[...] o surgimento da sociedade de massas determinou que questões como saúde, educação, consumo, transportes, alimentação, poluição, publicidade e tantas outras fizessem parte da pauta de reivindicações de amplos setores da coletividade, estabelecendo pontos de conflituosidade que fugiam aos parâmetros das relações de trabalho e das condições para melhorá-lo, ao mesmo tempo em que, na órbita jurídico-judiciária, provocavam o surgimento de controvérsias que ultrapassavam os limites do indivíduo isolado, questionando aspectos relativos à continuidade da própria sobrevivência da espécie.<sup>13</sup>

Há de se verificar quais são os agentes protegidos por tais direitos. Logo, tratam-se de diversos sujeitos e o objeto é indivisível, onde não é possível delimitar os efeitos da proteção. Se tomarmos, por exemplo, a análise da proteção ao meio ambiente, verifica-se que pertence a todos o direito, não sendo possível delimitar estes ou aqueles interessados.

Esses direitos são reconhecidos como de terceira geração, como diz Mazzilli:

A segunda característica dos direitos sociais, econômicos e culturais da terceira geração de direitos fundamentais, reside na sua manifestação enquanto interesses difusos, identificados pela pluralidade de sujeitos e indivisibilidade de seu objeto, de modo que não se possa determinar um ou alguns sujeitos com a exclusão dos demais, como por exemplo, o direito à proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, ou ainda dos consumidores.<sup>14</sup>

Esses direitos da “terceira geração” permitem a proteção constitucional do equilíbrio do meio ambiente, saudável qualidade de vida, autodeterminação dos povos e outros mais, cujos interessados não possuem vínculo de fato ou de direito capaz de ser facilmente identificado, como anteriormente mencionamos.

Lobato, ao referir-se aos direitos de terceira geração, menciona que:

Na primeira metade do século XX, começaram a surgir Constituições que reconheciam os direitos da terceira geração, que se caracterizam por serem direitos que dependem de uma ação positiva do Estado e estão relacionados às questões de ordem social, econômica e cultural, tais como o direito ao trabalho, à saúde, à habitação, à educação, ao acesso à cultura e ao lazer.<sup>15</sup>

Por sua vez, Bolzan de Moraes reconhece um caráter universal a esses direitos:

Quando adentramos nos chamados direitos humanos de terceira geração, particularmente, somos tomados pela percepção de que estamos diante, efetivamente, de uma nova realidade para os direitos fundamentais que, neste momento, se apresentam como detentores de uma

<sup>13</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Direito Social Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 92.

<sup>14</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 21.

<sup>15</sup> Op. cit, p. 146.

*universalidade comunitária* no sentido de que seu objeto diz respeito a pretensões que atingem inevitavelmente a comunidade humana como um todo.<sup>16</sup>

Observa-se que são direitos que passam do indivíduo como objeto único de proteção e se deslocam à proteção e salvaguarda de determinados grupos de indivíduos, protegidos conjuntamente, como no caso da tutela ao meio ambiente. A proteção do meio ambiente não se restringe ao indivíduo, mas principalmente a toda comunidade.

As pessoas tuteladas por esses direitos, segundo Bobbio, são “personagens antes desconhecidas nas Declarações dos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho e o muito velho, o doente e o demente, etc”.<sup>17</sup>

O reconhecimento dos direitos sociais implica em maior problemática na resolução dos problemas apresentados, porque sua proteção, segundo Bobbio “requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social”.<sup>18</sup>

Posteriormente, no fim do século XX, por força do segmento de um processo de reconhecimento e adoção pelos textos constitucionais de direitos fundamentais alcançou-se a quarta geração de direitos, descrita como:

[...] àqueles que se relacionam com o progresso da ciência, como direito à não manipulação genética, ou ainda, aqueles identificados à solidariedade entre os povos, como o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade.<sup>19</sup>

No entendimento de Moraes:

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais”.<sup>20</sup>

No segundo momento, se tem a análise do Estado como garantidor da aplicação e reconhecimento dos direitos ora mencionados, capaz de viabilizar de forma imediata o asseguramento dos mesmos frente a sua violação, fornecendo proteção jurídica aos necessitados. Essa proteção expressa-se pela norma jurídica.

<sup>16</sup> Op. cit., p. 163.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Op. cit., p. 147.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 41.

Para garantia da aplicação Bobbio, menciona que “[...] os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado”.<sup>21</sup>

A assertiva dos poderes do Estado é seu embasamento na normatização vigente. Para tanto, uma norma é considerada vigente quando é o resultado de um processo legislativo previsto na Constituição Federal, que atenda a um cronograma em sua criação. Esse processo deve abarcar projeto de lei, estudo pelas Câmaras de Constituição e Justiça, votação pelas casas legislativas, sanção presidencial e publicação. A norma é válida quando não afronta nenhum preceito constitucional e eficaz, quando sua aplicação é observada e cumprida pela sociedade.

Todavia, durante sua efetiva aplicação e cumprimento, se pode verificar que a norma esteja maculada de erros ou utopias que a tornem impraticável, tornando-a norma existente, mas sem efeitos práticos. A Constituição Federal de 1988 adotou um sistema misto para o controle de constitucionalidade, conjugando os sistemas difuso e concentrado. Sendo inconstitucional o texto, nenhum cidadão é obrigado a cumpri-lo e o Poder Judiciário deve, ao tomar conhecimento pela provocação processual, pronunciar-se de ofício.

A aplicação de algumas normas vigentes em nosso ordenamento pátrio que porventura afrontam os direitos e garantias fundamentais, recebem a apreciação do judiciário para um possível reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Os indivíduos devem praticar os atos à luz dos direitos a eles assistidos. Porém, devem sempre praticá-los nos estritos limites que o Estado lhe permite. Se os direitos surgem para limitar a ação do Estado, ao mesmo tempo servem de balizadores na subordinação do cidadão em seu meio social.

Por força da aplicação de lei, pode-se conhecer de eventual conflito com um ou mais princípios, como seria o caso, por exemplo, do princípio da propriedade e o os limites impostos pelo princípio do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Havendo contradição de princípios, ensina Alexandre de Moraes que:

[...] o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional dos âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas”.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Op. cit., p. 72.

<sup>22</sup> Op. cit, p. 47.

Por isso, observando-se a proporcionalidade em sua aplicação, o intérprete deve-se ainda ater-se aos verdadeiros interesses do legislador, bem como a necessidade de sua utilização e seus efeitos frente ao cidadão e seus objetivos.

Silvia Capelli cita que “diferentemente das regras – que vigem-, os princípios valem. E o valor que os cerca governa a Constituição, o regime, a própria ordem jurídica. [...] quem os viola arranca as raízes da árvore jurídica”.<sup>23</sup>

Os direitos fundamentais hoje presentes nas sociedades, em especial nos textos constitucionais, tratados internacionais e abstratamente inseridos na criação das leis infraconstitucionais, ainda que às vezes não aplicados com a coerência esperada, fazem parte de um verdadeiro tesouro dos povos.

Graças à incorporação desses direitos, se tem a possibilidade de guarnecer a propriedade, o direito à vida, em ter garantida a representação na escolha dos líderes pelo sufrágio e conseqüentemente capacidade de novas formações de decisões, em peticionar ao Estado o reconhecimento de um direito violado e modernamente, em ter garantida a não manipulação de nossas informações genéticas, dentre outros limites assinalados pelo Direito.

Parte dessa evolução se deve ao amadurecimento de uma “cultura política”, em que os cidadãos, igualados em si, passaram a entender as funções do Estado e com ele, ou ainda nele, interagir. É graças aos direitos fundamentais que a palavra cidadania passou a gerar os efeitos pretendidos pela democracia, de que todos podem decidir a respeito de tudo. Nada que se pareça hoje com a democracia dos gregos, mas sim, a possibilidade de decidir quem por nós decidirá.

Daí porque, mais que um bem supremo da modernidade, os direitos fundamentais são a alavanca que move o Estado e ao mesmo tempo o escudo que protege de possíveis excessos. E na medida em que os povos evoluem, novos direitos serão incorporados sem que se opere a exclusão daqueles já afirmados ao longo dos anos.

---

<sup>23</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira, STEIGLEDER, Annelise Monteiro e CAPELLI, Silvia. *Direito Ambiental*. 6ª. Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2010, p. 11.

## 1.2 A afirmação dos direitos individuais e transindividuais nas Constituições Brasileiras

As constituições dos mais diversos países foram crescendo no tocante à proteção dos direitos fundamentais, reconhecendo-os e a eles garantindo a efetiva aplicação. Buscavam os textos constitucionais, ao abrangerem um conteúdo social mais amplo, dirimir as injustiças que as relações de trabalho, políticas e humanas geravam na sociedade. Todavia, a inclusão textual dos princípios garantidores de direitos fundamentais nem sempre representavam a sua eficaz aplicação no meio social.

Na opinião de José Renato Nalini, “a convivência reclama o estabelecimento de normas disciplinares, sem as quais não haverá segurança, nem estabilidade”. E sobre o texto constitucional, o mesmo autor ensina que:

[...] estabelecerá as regras de convivência entre um Estado e os demais, entre o Estado e seus cidadãos, disciplinará o exercício do poder e suas atribuições, proclamará os direitos básicos das pessoas e delineará as propostas essenciais assumidas pelo povo num determinado momento histórico.<sup>24</sup>

O constante crescimento e evolução dos povos desenhavam um novo modelo de carta constitucional. Rui Barbosa, em sua obra *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, produzida em meados de 1932, declarava que:

As constituições são consequência da irresistível evolução econômica do mundo. As novas constituições têm ainda por norma as declarações de direitos consagrados no século XVIII. Suas fórmulas já não correspondem exatamente à consciência jurídica do universo. A inflexibilidade individualista dessas cartas imortais, mas não imutáveis, alguma coisa tem de ceder ao sopro de socialização que agita o mundo.<sup>25</sup> (*apud* FERREIRA, Pinto, 1996, p. 10).

Dessa época, pode-se entender a visão futurista desse jurista, que destaca a Carta Alemã de Weimar, com cento e oitenta e um artigos e a Constituição do México, do ano de 1917, com cento e cinquenta e dois artigos. Em 1949, foi publicada a Constituição da Índia, composta de trezentos e noventa e cinco artigos e oito cédulas, com duzentos e cinquenta páginas.

No Brasil, a Constituição de 1891 possuía noventa e um artigos e mais oito das Disposições Transitórias, e era considerada sintética. De lá para cá, cresceram em quantidade os artigos incorporados. O Texto Constitucional de 1967, promulgado com cento e oitenta e nove artigos, recebeu mais doze artigos por força da Emenda Constitucional nº 1 e finalizou com duzentos e dez artigos após as emendas de 1977. O atual texto tem trezentos e quinze artigos em sua totalidade, sendo reconhecido na atualidade como um dos maiores do mundo.

<sup>24</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 12 e 13.

<sup>25</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 10.

Em suas diversas constituições, o Brasil afirmou os direitos humanos fundamentais. A Constituição de 1824 mencionava no Título VIII – *Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros* - artigo 179, uma vasta gama composta de 35 incisos, que reconhecia diversos princípios já perpetuados por outras nações, como ensino público primário e responsabilidade civil do Estado por ato dos funcionários públicos. Provavelmente, a completude de princípios elencados se deve à bagagem cultural trazida pelos portugueses do Império.

Para Silvia Capelli, “a Constituição de 1891, que se referia à questão ambiental em apenas um dispositivo, o inciso XXIX do art. 34, atribuindo à União a competência para legislar sobre minas e terras”.<sup>26</sup>

A existência de um capítulo com os direitos e garantias foi regra em todas as constituições brasileiras, acrescentando-se à medida que a sociedade clamava por direitos. Outros direitos, de cunho social, também permeavam os textos constitucionais, voltados a direitos relativos aos trabalhadores e empregados, direitos voltados à proteção da família, educação e cultura.

A Constituição Federal de 1988 consagrou entre os direitos fundamentais do cidadão o princípio da ampla defesa, tanto em processo judicial, como nos administrativos (art. 5º, inciso LIV). Dada sua importância, tais direitos estão inclusive mencionados entre as cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo quarto, inciso IV), o que os torna imune de qualquer proposta visando sua abolição pelo legislador.

A afirmação dos direitos individuais no Brasil desde sua primeira Constituição, que trazia consigo tendência dos pensamentos político-social da época, compreendia a consagração de alguns direitos e garantias individuais, abolindo penas cruéis e mantendo a escravatura.

Era uma Constituição que surgia com alguns problemas de origem, dentre os quais divergência entre a monarquia e a Assembléia Constituinte, instituição de quatro Poderes de Estado, sendo o Imperador quem exercia as funções de moderador entre os demais poderes. Era ele também que nomeava os senadores com base em uma lista tríplice enviada pelas províncias, bem como os membros do Conselho do Estado.

A Constituição de 1891, da “Primeira República”, limitou-se a reproduzir os direitos humanos já elencados no texto anterior, trazendo apenas algumas novas previsões, como a

---

<sup>26</sup> Op. cit., p. 24.

gratuidade do casamento civil, abolição da pena de morte, exceto em tempos de guerra, previsão da ampla defesa e do uso do *habeas-corpus*.

Por ter um cunho liberal, não houve significativa modificação neste tema. Ensina Pinto Ferreira que:

A industrialização do País não se tinha processado profundamente, não havia um proletariado organizado, e a massa campesina era absolutamente inerte e passiva, manejada pelos prepotentes usineiros e senhores de terra, chamados pitorescamente de “coronéis”. Entretanto, a Constituição garantiu e enunciou as clássicas liberdades privadas, civis e políticas, silenciando sobre a proteção do trabalhador.<sup>27</sup>

Foi essa Constituição que estabeleceu um regime de separação dos poderes, tornando o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário órgãos autônomos e independentes e previu a autonomia dos municípios na eleição de vereadores e prefeitos.

A Constituição seguinte, de 1934, novamente destinou um capítulo para os direitos e garantias fundamentais, consagrando o direito adquirido, a assistência judiciária gratuita, o mandado de segurança e a ação popular.

Foi uma Constituição que se deu em tempos conturbados da “Segunda República”, por força de levante dos militares, estudantes e operários, que depuseram o Presidente na Revolução de 1930.

Essa Constituição atendeu às necessidades da época, mantendo a divisão dos poderes e o regime federativo. Haviam se passado os anos, e a população clamava pelo reconhecimento de direitos sociais.

Em 1934, ensina Capelli que houve na Carta Constitucional a introdução, pelo Brasil, da teoria da função social da propriedade, em que fazia constar no texto que “o direito de propriedade passa a ser garantido com a condicionante de que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo”.<sup>28</sup> Menciona ainda que o conceito “somente apareceria expresso na Carta de 1967”.<sup>29</sup>

Com forte inspiração da Constituição de Weimar, do ano de 1919, surgiram temas voltados “à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, normas concernentes

---

<sup>27</sup> Op. cit., p. 52.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 24.

<sup>29</sup> Citado no art. 157, inciso III da Carta de 1967. A autora menciona que a função social da propriedade foi reconhecida expressamente na CF de 1988, nos arts. 5º, inc. XXIII; 170, inc. III, 182, parágrafo segundo e 186, ensinando que “a expressão FUNÇÃO não foi utilizada por acaso, mas passa uma idéia pró-ativa, de molde que se possa exigir do detentor do direito de propriedade não só as condutas negativas (não poluir, não perturbar, não impor maus tratos aos animais), como também positivas (averbar a reserva legal, revegetar área de preservação permanente, fazer contenção acústica numa casa noturna, entre outras).”.

ao funcionalismo público, às Forças Armadas, etc. Surgiu uma potente legislação de trabalho e da previdência social [...]”.<sup>30</sup>

Amauri Mascaro do Nascimento reconhece que foi a partir da Constituição de 1934 que o texto constitucional passou a ater-se ao problema das relações de trabalho e da previdência social:

As Constituições Brasileiras, a partir de 1934, passaram a se dedicar à ordem econômica e social. Na Constituição encontram-se fixados os princípios fundamentais que inspiram a ordem trabalhista. Normas de caráter programático e ideológico, a estrutura básica dos órgãos estatais destinados ao problema do trabalho e a ação sindical são linhas de ação quês e acham traçadas nas normas constitucionais”.<sup>31</sup>

O golpe de Estado de 1937 trouxe uma nova Constituição ao país, violando a Constituição existente e instalando a ditadura. Num golpe crucial contra o povo brasileiro, restaurou-se a pena de morte, outorgaram-se amplos poderes ao Presidente da República, ampliando inclusive o prazo de seu mandato foram dissolvidas a Câmara, o Senado e as Assembléias Estaduais, bem como, suprimiram-se as liberdades de imprensa e de opinião, tanto que muitos dos atuais políticos foram exilados em outros países durante esse período.

Em razão do Estado autoritário e por receber forte influência da Constituição Polonesa de 1935, o texto então criado foi apelidado de “Constituição Polaca”.

As liberdades públicas foram duramente atacadas nesse período. Todavia, muitas medidas deram-se em favor dos trabalhadores, como em 01/05/1943, que o Decreto-lei nº 5.452 instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho, até os dias atuais em vigor e o Decreto-Lei nº 7.526 de 07/05/1945, voltado à previdência social.

Tal abolição sumária de direitos individuais e sociais, somada à queda dos governos fascistas internacionais, fez com que a popularidade do governo de Getúlio Vargas caísse abruptamente, em contrapartida a diversos nomes políticos que passaram a permear entre a sociedade e a constitucionalização do país.

Em poucos meses, mais precisamente entre setembro a novembro de 1945, uma reação da sociedade pôs fim ao Governo Getúlio, realizando eleições que culminaram com a vitória de Eurico Gaspar Dutra.

Nesta nova fase, tem-se o retorno da democracia, promulgando-se em 18/09/1946 uma nova Constituição. No que se refere aos direitos individuais, Ferreira ensina que essa

---

<sup>30</sup> Idem, p. 55.

<sup>31</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 59.

Constituição “restaurou as liberdades e garantias tradicionais asseguradas ao povo brasileiro, que a ditadura anteriormente havia violado”.<sup>32</sup> Ensina Moraes que:

A Constituição de 18-9-1946, além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais (Título IV, Capítulo II), estabeleceu em seu art. 157 *diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados* seguindo, pois, uma tendência da época. Além disso, previu títulos especiais para a proteção à família, educação e cultura (Título VI).

Moraes também refere que a redação do artigo que garantia os direitos individuais foi mantida nas constituições que se seguiram:

O art. 141 da referida Constituição passou a utilizar-se da nova redação, posteriormente seguida pelas demais Constituições, inclusive a atual. Assim, em seu *caput* proclamava: *A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes (...)*. Após essa enunciação trazia um rol de 38 parágrafos com previsões específicas sobre os direitos e garantias individuais [...].<sup>33</sup>

Esse texto constitucional inseriu importantes princípios de controle do poder do Estado, como: a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual; para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder; contraditório; sigilo das votações, plenitude de defesa e soberania dos veredictos do Tribunal do Júri; reserva legal em relação a tributos; direitos de certidão.

Durante sua vigência ocorreu a Revolução de 1964, importante movimento político militar que culminou com a eleição do Marechal Castello Branco, pelo Congresso, após ter sido deposto o então presidente João Goulart. Vale referir que essa Constituição recebeu uma série de emendas, ao todo vinte.

No dia 24/01/1967, surgiu a *Constituição de 1967*, composta de cento e oitenta e nove artigos, em razão de que a edição dos Atos Institucionais nº 1 ao nº 4, somados os trinta e sete atos complementares do Governo Federal tornou o sistema de leis desfragmentado.<sup>34</sup>

Essa Constituição deu uma ênfase notável ao Poder Executivo e no tocante aos direitos fundamentais manteve-se o texto anterior “[...] com maior extensão dada à Justiça Militar, inclusive aos civis, para repressão dos crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal”.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Op. cit., p. 58.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 33.

<sup>34</sup> Capelli menciona que “a década de 1960, sob ditadura militar, foi pródiga na edição de legislação voltada à regulamentação de bens ambientais e à limitação do direito de propriedade, ressaltando-se o Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30.11.64), o novo Código Florestal (Lei 4.771, de 15.09.1965), a Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197, de 3.1.1967) e o Código de Mineração (Decreto-Lei 227, de 28.2.1967)”.

<sup>35</sup> FERREIRA, Op. cit., p. 62.

Talvez por força da crise que permeava o país nesta época, essa Constituição sofreu diversas emendas, sendo que em 1967 somavam-se ao texto original dezessete atos institucionais e setenta e um atos complementares. Em 13/12/1968, o Presidente Costa e Silva editou o Ato Institucional nº 5, de extremo caráter ditatorial e antidemocrático, alheio à interferência do Congresso Nacional.

Para situar-se naqueles difíceis tempos, cita-se Moraes que explicita:

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, que produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, inclusive em relação à possibilidade de excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, não trouxe nenhuma *substancial alteração formal* na enumeração dos direitos humanos fundamentais.<sup>36</sup>

De 1967 a 1988 o povo brasileiro viu-se dominado por uma lei rígida onde muitos perderam suas vidas nos porões da ditadura. Somente em meados da década de 80 é que o país passou a caminhar a largos passos em busca das liberdades públicas no país.

A Constituição Federal de 1988, cujo Poder Constituinte foi presidido pelo então Senador Ulysses Guimarães, representa o trabalho de constituintes que “[...] tiveram uma grande preocupação com os direitos fundamentais. Esta preocupação se concentrou particularmente no aspecto de sua efetividade”.<sup>37</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet refere à Constituição de 1988, em seu processo de elaboração que:

[...] por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar.<sup>38</sup>

Chamada de “Constituição Cidadã” pela população de um país que se via na iminência de ter um texto constitucional adaptado à sua realidade “pós-ditadura”, a Constituição Federal trouxe em seu preâmbulo os objetivos e finalidades que a justificaram apresentando suas intenções.

O povo foi às ruas e muito comemorou. A dignidade humana e o Estado Democrático de Direito, “destinado à assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...], sob a proteção de Deus”<sup>39</sup>, trazendo a todos grande esperança e a certeza de um país que já havia

---

<sup>36</sup> Op. cit., p. 34.

<sup>37</sup> LOBATO, 1995, op. cit., p. 147.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 69.

<sup>39</sup> Texto do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

eleito seu presidente por eleições diretas, ainda que em momento conturbado, caminhava para um crescimento e abertura em todos os sentidos, sejam sociais, políticos ou econômicos.

Afirma-se um Estado Democrático de Direito, que valoriza a soberania do povo como elemento norteador de qualquer decisão política, garantindo a dignidade da pessoa humana ao elencar princípios de direitos humanos e firmar o sistema econômico em valores sociais advindos do trabalho e da livre iniciativa.

Percebeu-se assim o reconhecimento do Direito Ambiental como um direito fundamental, embora sua constitucionalização ainda não possibilite uma atuação capaz de frear o esgotamento dos recursos naturais existentes, em específico na segunda metade do século passado e aparentemente demonstrado nas grandes catástrofes ambientais que pairaram sobre os cinco continentes na última década.

Mesmo constitucionalizado, e nesse aspecto elevado ao ápice das normas legais, não foi capaz de limitar o crescimento desordenado da população ou mesmo evitar a exploração desmedida de recursos naturais e a necessidade de adoção, sob pena de responsabilização dos gestores públicos, de políticas públicas com vistas à sustentabilidade dos estados, cidades e países.

Dos tantos efeitos do crescimento e da industrialização desmedida, a poluição tem demonstrado que não pode ser barrada por fronteiras e marcos divisórios entre países, estados ou mesmo entre municípios, vizinhos de território ou não. Seus efeitos indesejados a todos alcançam, independentemente de cor, raça, credo, nacionalidade ou atividade.

Aliás, a própria idéia de soberania soa, num primeiro momento, ao fato de transgressão das fronteiras de países, remetendo assim para o ramo do Direito Internacional. De pouca efetividade, já que carente de um tribunal com capacidade e legitimidade para imputar penalidade ao transgressor, se tem uma idéia utópica de prestação jurisdicional quando os entes tutelados são países.

Por décadas, testes nucleares, descargas de resíduos radioativos nos mares e abandono de sucatas tecnológicas no espaço causaram e têm causado consideráveis efeitos ao ambiente. Das lições aprendidas, várias foram as normatizações criadas, sem que os efeitos fossem realmente sentidos pelos povos. Ainda é possível verificar que grandes países se sobrepõem em suas atuações em detrimento dos mais fracos, sem que nada seja feito em relação a esses. A falta de coerção nas relações entre países torna sensível qualquer tentativa de limitar a atuação dos transgressores.

Um exemplo que permeia a literatura está centrado na Comunidade Européia. Trata-se dos ventos dominantes na Europa, onde Bachelet exemplifica o seguinte caso, que em muito pode se aplicar aos casos de industrialização de grandes centros:

A Grã-Bretanha produz cerca de dois milhões de toneladas de dióxido de enxofre por ano (...). Mas a estreiteza do seu território, a proximidade do mar e dos ventos dominantes do oeste desembaraçam-na de dois terços dessa poluição e ela permanece uma região verdejante. Em compensação, a Escandinávia, que recebe devido aos ventos de oeste e do sul as nuvens ácidas inglesas, alemãs e polacas vê os seus lagos esterilizados e suas florestas definham.<sup>40</sup>

Nos estados e municípios, o mesmo exemplo se pode aplicar em relação aos rios cujo leito é recortado por usinas hidrelétricas (UHEs) ou mesmo as Pequenas Centrais Hidroelétricas (PCHs). Os impactos ambientais, ainda que num primeiro momento monitorados e avaliados pelo Estudo de Impacto Ambiental - EIA e Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, podem apresentar efeitos que transcendam os limites territoriais em que estão instaladas. Assim, tendo o Estudo de Impacto Ambiental abrangido a área de sua instalação, não alcançou verificar possíveis enchentes decorrentes de abertura de comportas ou qualquer outro sinistro que possa ocorrer e atingir os municípios que se localizam abaixo dela e que cujo abastecimento se dá pelas águas do manancial.

Tem-se um paradoxo na utilização do recurso ambiental: grande parte da população é beneficiada pela energia elétrica gerada e a população da cidade onde se encontra sediada a usina recebe considerável retorno em *royalty* pela geração de energia. Doutra banda, vários municípios sofrem diversos impactos decorrentes da atividade de geração de energia e não são beneficiados por nenhuma ação mitigadora dos prejuízos experimentados.

Para Alejandro Iza, conferencista no 8º. Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado em São Paulo, no ano de 2004, o problema de ações ambientais, cujos efeitos são transfronteiriços, merecem soluções rápidas, como segue:

Entendemos que uno de los escollos más importantes a nivel internacional en el manejo de ecosistemas compartidos consiste en percibir las ventajas que reporta una acción concertada teniendo en cuenta el imperativo de encontrar soluciones rápidas en un contexto caracterizado por la escasez, el cambio climático y sus posibles consecuencias negativas mas allá de las fronteras de un país determinado. Pero por sobre todas las cosas, consideramos que una de las principales dificultades para normas en materia de flujos ambientales radica en otorgarle entidad jurídica y reconocimiento al medio ambiente, no solo como proveedor sino especialmente como usuario del recurso hídrico con todas las derivaciones que ello implica en cuanto al tema de su representación al momento de asignar el agua en un contexto de usos concurrentes.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*. 4ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 211.

<sup>41</sup> IZA, Alejandro. *Aguas, flujos ambientales y conservacion de la vida silvestre*. In Fauna, Políticas Públicas e Instrumentos Legais. Antônio Herman Benjamin, organizador. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004, p. 31.

Esses exemplos do mau uso dos recursos naturais ou mesmo do desrespeito em sua utilização demonstram que o Direito Ambiental ainda é colocado em “xeque”, quando se labora em prol de sua efetividade.

A análise da legislação ambiental vigente demonstra a existência de uma considerável gama de normas editadas ao longo dos anos, algumas inclusive de natureza conflitante.<sup>42</sup> Na medida em que se amadurece um propósito de preservação ambiental, vários são os projetos aviados com o ensejo de se obter o embasamento legal de futuras ações em prol do futuro do planeta. Todavia, a ocorrência de fatos diários insere novas projeções ambientais, para os quais os textos elaborados não abarcam a tempo as possíveis soluções, já que não imaginadas pelo legislador à época da criação da norma.

Para León Duguit:

Por otra parte, soy de aquellos que piensan que el Derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas<sup>43</sup>. [...] se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba<sup>43</sup>.

Ainda nesse sentido, o Direito Ambiental, embora constitucionalizado, sofre uma diferenciação absurda em relação a outros direitos de cunho fundamental por um único aspecto: não lhe é possível singularizar a titularidade. Embora se saiba que o meio ambiente a todos serve e de que dele todos dependem para sobrevivência e garantia da continuidade das gerações futuras, sua classificação como direito difuso ainda causa estranheza em sua efetivação, já que as legislações construídas ao longo dos séculos trataram de normatizar as questões de cunho privado.

Aparentemente, não concebe bem o Poder Judiciário, salvo exceções, tutelar direitos que não sejam possíveis de apontar os seus beneficiados.<sup>44</sup> Essa natureza do Direito Ambiental é tida como transindividual, porque representa bem de interesse da coletividade

<sup>42</sup> Capelli exemplifica que: “enquanto os atentados contra a flora eram tipificados como meras contravenções penais no regime do Código Florestal, os cometidos contra a fauna eram crimes inafiançáveis, punidos com pena de reclusão. A jurisprudência criminal espelhava esta precariedade, sendo praticamente inexistentes condenações. Ao contrário, várias absolvições eram fundadas na excludente da antijuridicidade do exercício regular de um direito”. Op. cit., p. 29.

<sup>43</sup> DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho (público y privado)*. Buenos Aires : Editorial Helialista SRL, /s.d./, p. 171.

<sup>44</sup> Fiorillo ensina que “os interesses ou direitos difusos possuem titulares indeterminados. Ao pensarmos no ar atmosférico poluído, não temos como precisar quais os indivíduos afetados por ele. Talvez seja possível apenas delimitar um provável espaço físico que estaria sendo abrangido pela poluição atmosférica, todavia, seria inviável determinar todos os indivíduos afetados e expostos a seus malefícios”. *In Tutela do meio ambiente em face de seus aspectos essenciais: os fundamentos constitucionais o direito ambiental. In Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 – 15 anos. Coord. Édís Milaré. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002,*

cujos titulares são indeterminados e dele depende a manutenção da vida humana e das demais espécies.

Em síntese, para Mazzilli, difusos são os interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexiste qualquer vínculo jurídico ou fático capaz de se precisar claramente. Em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, nesse caso o meio ambiente, podem ser incluídos na categoria de interesse público.<sup>45</sup>

Deve-se analisar qual direito a ser resguardado quando um empreendedor resolve adquirir uma área de vegetação nativa e nele inserir um loteamento residencial ou industrial, quando, em contrapartida, tal área é fundamental para o equilíbrio ecológico de determinado local e sobrevivência das espécies que nele se encontram.

Ambos direitos, o de Propriedade e do Meio Ambiente estão alçados ao status de norma constitucional, ou seja, ambos estão no mesmo patamar, só que esse trata de garantir à coletividade sua sobrevivência enquanto aquele de cunho meramente individual e privado, trata de garantir a manutenção da propriedade daquele que a legalmente possui.

Está, assim, lançado o conflito!

Para François Ost, “[...] o patrimônio é um conceito transtemporal, que é, simultaneamente, de hoje, de ontem e de amanhã, como uma herança do passado que, transitando pelo presente, se destina a dotar os hóspedes futuros do planeta”.<sup>46</sup> Está-se, assim, na iminência de cautelar a forma de utilização do patrimônio, já que deve atender à promoção de reservas para os novos hóspedes do planeta, diga-se, parafraseando o autor, às civilizações que estão por vir.

Há assim um cunho social na existência e garantia da propriedade. Tal direito encontra severas restrições quando o uso da mesma se dá de forma nociva à sociedade. O atual Código Civil fortifica o conceito socioambiental da propriedade na definição imposta pelo artigo 1.228<sup>47</sup>. Para Juliana Santilli:

O socioambientalismo nasceu, portanto, baseado no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem nas comunidades

<sup>45</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 10ª. Ed. Ver., ampl., atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 05.

<sup>46</sup> OST, François. *A natureza à margem da Lei – A ecologia a prova do Direito*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 354.

<sup>47</sup> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Parágrafo primeiro: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[...]

loais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais.<sup>48</sup>

O diploma civil divide os bens em públicos e os bens particulares. O artigo 98 do Código Civil Brasileiro traz em seus incisos os bens que são considerados públicos, divididos em bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. Nos bens públicos estão citados os rios, mares, estradas, ruas e praças, pertencendo assim ao domínio do Estado.

A nova conformação de “função social” alcançada ao conceito de propriedade, decorrente da evolução da sociedade humana e do risco de seu perecimento pelo uso indevido dos recursos permitiu que fosse superada a dicotomia existente entre os bens públicos e privados, já que ela não se prestava para resolver os conflitos ambientais existentes, de modo que, “os bens ambientais são, portanto, bens de interesse público, independentemente da propriedade – pública ou privada – que incida sobre eles”.<sup>49</sup>

Para León Duguit:

El sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación de hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos. El sistema jurídico civilista era de orden metafísico; el nuevo sistema que se elabora es de orden realista.<sup>50</sup>

Nota-se, portanto uma nova conformação no direito de propriedade, não só no Brasil, mas em todos os povos modernos, limitando-se seu uso de acordo com a função social que o mesmo apresenta onde se encontra inserido. No Brasil, em específico, a idéia de socioambientalismo alcança também a promoção de interação entre os habitantes da área a ser preservada, tornando-os atores desse novo modelo que se apresenta, como uma nova forma de se garantir a sustentabilidade.

Esses atores não são individualmente identificados e são detentores de um direito transindividual, podendo ser exercido pela coletividade ou individualmente, que deixa para trás as velhas e conservadoras concepções civilistas, clamando assim a necessidade de adequação da atuação do Estado e da normatização jurídica na defesa de tais direitos.

A propósito a Constituição Federal de 1988 é uma constituição dita como moderna por diversos autores, voltada ao bem estar social do indivíduo enquanto cidadão e inserido na sociedade, estabelecendo-se uma sociedade livre, justa e solidária. Todavia, se volta à necessidade de estudo exclusivo da aplicação dos direitos fundamentais. Desde a primeira constituição, mencionada no tópico inicial desse capítulo, se analisou quais os direitos foram garantidos e de que forma estavam dispostos no texto. Foram pesquisados direitos

<sup>48</sup> SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 35.

<sup>49</sup> Op. cit. p. 61.

<sup>50</sup> Op. cit. p. 174.

fundamentais do texto constitucional em época de forte ditadura, suprimidos em nome da legalidade do Estado autoritário.

O Estado Democrático de Direito gera, por si, a necessidade de inscrição de preceitos fundamentais em seu texto, sejam eles aparentemente contraditórios, como por exemplo, o voto proporcional para escolha de deputados federais. Todos são iguais perante a lei, mas os estados-membros que possuem um maior colégio eleitoral elegem um maior número de deputados federais representantes, contradizendo a igualdade dos cidadãos em relação ao voto proporcional.

Outro, como o inciso XIII do art. 5º da CF/88, garante o livre exercício de qualquer trabalho, mas não garante o direito ao trabalho, massacrando legiões de desempregados e excluídos socialmente, seja por formação profissional, idade ou condição física. Mesmo assim, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm imediata aplicação, mesmo que fazendo referência à norma futura.

Lobato ensina que, “em realidade, a necessidade da garantia de aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais tem razões históricas”. Explica que houve resistência, baseada em teses “tendentes a lhes atribuir valor jurídico reduzido, destituindo-os de obrigatoriedade”, em especial aos americanos que classificaram as normas em “auto aplicáveis” e “não auto-aplicáveis”<sup>51</sup>, que dependeriam de norma infraconstitucional regulamentadora que lhe garantisse a aplicabilidade.

O que se observa na CF/88 é que as normas definidoras dos direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, produzindo efeitos “tais como a revogação e a caracterização da inconstitucionalidade de toda legislação infraconstitucional incompatível com os novos direitos [...]”.<sup>52</sup>

Mas levando-se em conta a necessidade dos pressupostos processuais para apreciação de matéria pelo Poder Judiciário, tem-se uma contradição, onde os princípios que garantem o livre acesso ao judiciário, ainda que absoluto o “Direito à Proteção Jurisdicional”, esbarram em norma codificada para encaminhamento do processo, sob pena de se ter “inépcia da petição inicial” quando não atendidos tais requisitos, se tornando conclusiva a verificação de um grave problema entre o cidadão e o Estado, quando da prestação da tutela jurisdicional. Aliás, sobre tal aspecto, na ótica das ações para defesa de interesses ambientais, se verificam a existência de entraves para apreciação, pelo Judiciário, das questões de cunho ambiental, tema que será objeto de análise nos próximos capítulos.

---

<sup>51</sup> Op. cit, p. 149

<sup>52</sup> Idem, p. 150.

### **1.3 Direito fundamental ao meio ambiente: seu reconhecimento e efetivação pelos entes estatais**

Vários direitos foram sendo incorporados aos textos constitucionais, na medida em que as sociedades foram evoluindo. Todavia, ainda que reconhecidamente um direito fundamental, o meio ambiente não obteve nas cartas magnas o mesmo reconhecimento.

Tal fato se deve por um entrave cultural, já que os recursos naturais eram considerados de dimensão infinita, como era tida por natural a disposição de lixo nos mares ou o uso indiscriminado da água e dos demais componentes naturais.

O meio ambiente foi visto como um provedor de matéria-prima, sem a preocupação da forma correta do descarte de resíduos ou da contaminação do solo, ar e águas. A Revolução Industrial, cujo crescimento econômico das sociedades se demonstrava como o mais salutar dos resultados, demorou décadas para ter algum parâmetro de direito a cumprir, aos poucos reconhecidos nos textos constitucionais, geralmente, decorrentes de grandes acidentes de trabalho, que mutilaram ou vitimaram milhares de trabalhadores.

Quando as sociedades se deram conta da finitude dos recursos e mesmo da contaminação das cidades e regiões onde estavam localizadas é que passaram a visualizar o meio ambiente de forma diferenciada, já que sem ele, pouco adiantariam as fartas economias, se o povo não tinha como cessar a sede ou mesmo buscar ar puro para respirar. A ausência de políticas públicas de preservação ambiental e políticas sociais voltadas à saúde e bem estar da população deflagraram o flagelo dos grandes centros urbanos e das áreas degradadas, cujo propósito das normatizações existentes é o de inserí-las num propósito de desenvolvimento sustentável, sincronizando-se economia, crescimento e meio ambiente de forma salutar e duradoura. A propósito, tal contexto se dá com ênfase na primeira e parte da segunda metade do século passado, portanto, um período bem próximo dos dias atuais.

A idéia de desenvolvimento sustentável<sup>53</sup> tem seu embasamento teórico no conhecido *Relatório Brundtland*,<sup>54</sup> que o definiu como um desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a satisfação dos misteres das gerações futuras. Tal conceito foi amplamente difundido como máxima ambiental nas agendas internacionais de governabilidade.

Antes disso, pouco se havia tratado acerca do tema. Foram elaborados alguns tratados e convenções através a insistência de entidades voltadas à questão ambiental. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 nada mencionou sobre o trato da questão ambiental, limitando-se a garantir a toda a pessoa “um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família a saúde e o bem estar”.

Em 1966, decorridas quase duas décadas, o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais faz menção ao direito ao ambiente sadio. Em seu artigo 12, menciona a necessidade de que os firmatários adotassem medidas para assegurar “a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente”.

No Brasil, o legislador constitucional incorporou o termo na Constituição Federal de 1988, como princípio fundamental de proteção ao meio ambiente e de responsabilidade intergeracional, sendo tratado especificamente no *caput* do art. 225, estabelecendo que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo ou preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Nota-se que a proteção e defesa do meio ambiente é tratada como direito fundamental, de terceira geração ou mais modernamente, de terceira dimensão, e de natureza

<sup>53</sup> Leciona Fiorillo que: “a terminologia empregada a este princípio surgiu, inicialmente, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo, e repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente, em especial na ECO-92, a qual empregou o termo em onze de seus vinte e sete artigos. [...] Constatou-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato (é o caso das instituições financeiras). Busca-se com isso a coexistência harmônica entre a economia e o meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos. Dessa forma o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição. Op. cit., p. 78-79. Importante mencionar que a literatura também apresenta estudos sobre a Teoria do Risco, em que “[...] os acidentes e as catástrofes ambientais não se tratam mais de um mero acontecimento local, e sim, todos os perigos essenciais tornam-se perigos mundiais; a situação de cada classe, etnia, nação, religião, etc., torna-se resultado e fator da humanidade. “Viver nesta sociedade significa viver com um não saber irremediável, ou mais exatamente, viver em uma constante e simultânea ameaça e não saber; é tornar-se herói e vítima dos inúmeros paradoxos e dilemas políticos, sociais e morais que esta nova realidade comporta”. In BECH, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2008, p. 40 e 165. Também nesse sentido, os autores GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. LENZI, Cristiano Luís. *Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade da modernidade*. Bauru: EDUSC, 2006.

<sup>54</sup> Elaborado no ano de 1987.

transindividual, exigindo uma tutela e responsabilidade solidária entre os agentes públicos e os cidadãos, ambos sujeitos do processo pedagógico de educação ambiental, ponto nevrálgico da necessária mudança de paradigma cultural.

No início, por ocasião da promulgação da Carta Magna, o tema despertava pouca consideração, embora a efetividade da aplicação do referido direito encontrava, nos incisos elencados no parágrafo primeiro do aludido artigo, diversas incumbências do Poder Público. O pressuposto primordial da sustentabilidade reside em estabelecer uma dosimetria adequada nos níveis de consumo extremado, evidenciando-se a satisfação das necessidades básicas, uma vez que a economia encontra-se vinculada ao meio ambiente, tanto quanto o homem depende da natureza para assegurar a manutenção da existência na Terra.

Além disso, é preciso ressaltar que o Estado-Nação já não é mais competente para abordar entraves transnacionais, necessitando de limitação e flexibilização da soberania, de alianças globais, de governabilidade supraestatal, solidária, difusa e intercomunitária unida ao viés do constitucionalismo global, alicerçado num sistema jurídico-político internacional e na exaltação do princípio da dignidade humana.

Das incumbências elencadas, em síntese, verifica-se a necessidade da avaliação dos recursos naturais com base na sustentabilidade em longo prazo, garantindo seu acesso às presentes e futuras gerações. Nas competências dos entes que se referem ao trato das questões ambientais, especial atenção foi dedicada nos artigos 23 e 30 da Constituição.<sup>55</sup>

Assim ensina Juliana Santilli<sup>56</sup> enfocando que “a questão ambiental não é tratada apenas no capítulo da Constituição especificamente destinado ao meio ambiente, mas está presente em diversos outros capítulos do texto constitucional (...)”. Traz a idéia de que se encontra disposição legislativa de natureza ambiental em diversos segmentos do texto, quer seja na divisão de competências<sup>57</sup>, na discussão da função social da propriedade, nas atribuições institucionais do Ministério Público<sup>58</sup> e Política Urbana, entre outros elencados no texto.

---

<sup>55</sup> O artigo 23 da CF/88 trata, entre outros aspectos, da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, conforme inciso VI. O artigo 30 trata da competência dos municípios, determinando-lhe a atribuição de promover, dentre tantas atividades, o “adequado ordenamento territorial”.

<sup>56</sup> SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo : Ed. Pierópolis, 2005. p. 67

<sup>57</sup> Artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal. Há de se verificar que essa divisão de competência procurava evitar a existência de conflitos na aplicação de uma norma ambiental, pois cada ente da federação tem, a princípio, seu campo de atuação definido. Na prática, o que se verifica é a existência de normas que se contrapõem, configurando conflitos de competência e em tese, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma em detrimento de outra. Logo, a degradação do meio ambiente dá azo à discussão jurídica da aplicabilidade ou não de determinada norma. Enquanto é traçado o moroso embate judicial, o meio ambiente agoniza na espera da norma legal a ser aplicada.

<sup>58</sup> Artigo 129.

A constitucionalização do direito ambiental demonstra a importância que o constituinte da época deu ao tema. Todavia, essa importância apenas ganha forma se efetivamente refletida na conduta social. À atividade jurisdicional do Estado impõe-se a sustentação desse direito fundamental. Quando o povo confia ao seu governo a criação das leis, nada mais faz do que estabelecer um elo de confiança mútua. Leonel Severo Rocha ilustra que o constitucionalismo “é um conjunto de promessas, é a tentativa de construir uma nova sociedade no futuro”.<sup>59</sup> E François Ost menciona que:

A figura moderna do Estado de Direito pressupõe, precisamente, o respeito dessa confiança mútua. Estas obrigações recíprocas (obediência à lei contra promessa de respeitar as condições da delegação do poder) assentam numa fé partilhada, uma confiança geradora de segurança durável no futuro.<sup>60</sup>

Nos anos seguintes à Constituição<sup>61</sup>, normas infraconstitucionais trataram de disciplinar a atuação dos diferentes segmentos em prol da defesa e manutenção do meio ambiente, já que a Constituição dividiu entre o Estado e a sociedade a responsabilidade pela sua preservação.

Até então, mesmo com as Cartas Magnas anteriores à atual Constituição, a atuação do Brasil na gestão do meio ambiente se dava de forma tímida. Um marco reconhecido foi a participação brasileira na I Conferência das Nações Unidas para o Ambiente Humano, nos idos de 1972, em Estocolmo, época em que o direito de crescimento superava qualquer expectativa de preservação ambiental.<sup>62</sup> No ano seguinte, em um importante ato, foi criada a

<sup>59</sup> ROCHA, Leonel Severo. *A construção do tempo pelo direito*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 312.

<sup>60</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 216.

<sup>61</sup> Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1988, através da Lei Federal n. 7735/89, foi criado o IBAMA, instituto formado pela fusão de quatro entidades voltadas ao meio ambiente. Em 1992, com a ECO 92, houve a criação do Ministério do Meio Ambiente e em 1998, promulgada a importante Lei Federal n. 9.605, regulamentada em 1999 e que previa os crimes ambientais. Desde então, houve a criação do Conselho Nacional do Meio Ambiente que passou a editar e normatizar a atuação da Política Nacional do Meio Ambiente. No Rio Grande do Sul, a título de comparação, na década de 70 surgiu a Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Porto Alegre, pioneira na área e em 1987 é criado o Departamento Estadual de Meio Ambiente vinculado à Secretaria de Estado de Saúde. Em 1991 surgiu a FEPAM e desde então esse órgão se apresenta como importante agente na preservação ambiental.

<sup>62</sup> “Foi a I Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972, o primeiro marco no trato da ONU das questões ambientais. Esse evento pioneiro foi relevante, apesar de suas modestas conquistas. Graças a ele, no entanto, se possibilitou a abertura de discussões importantes a respeito de temas outrora relegados a um segundo plano, não obstante o caráter controverso que continham. Mas o pioneirismo cobrou seu preço diante da pouca efetividade dos órgãos da ONU já que a Conferência foi realizada tendo como contexto as tensões e limites próprios da guerra fria entre os EUA e a então União Soviética. Contam os anais dessa conferência que, quando o direito de participar da República Democrática Alemã não foi reconhecido, os países do Pacto de Varsóvia (socialistas) boicotaram a conferência em uma demonstração de solidariedade. Ausentes esses países, os maiores embates se deram entre os países industrializados e os países em desenvolvimento. Essas significativas diferenças dominaram as abordagens atinentes às questões ambientais pelas duas décadas seguintes. Em Estocolmo, ficou claro que os países em desenvolvimento não tinham interesse em adotar os mesmos níveis de proteção ambiental de alguns países desenvolvidos. Eles reclamavam

conhecida SEMA<sup>63</sup> – Secretaria Especial do Meio Ambiente, cujos objetivos eram estar atento à poluição, principalmente a industrial e a proteção da natureza. Ainda que relativamente conflitante a idéia de preservação ambiental com os trabalhos de crescimento do governo federal, na construção de estradas, usinas hidrelétricas e afins, criou-se uma pequena “cultura ambiental”, colhendo-se dela os frutos advindos com a criação, no ano de 1981 da Política Nacional do Meio Ambiente.<sup>64</sup>

Veja-se que a incorporação de uma atitude ambiental na gestão do Estado se deu de maneira gradativa e acompanhando tendências de reconhecimento da necessidade de preservação ambiental, quase sempre posteriores à ocorrência de grandes acidentes ambientais em que os culpados não recebiam qualquer punição, revoltando a comunidade.

Para Wellington Pacheco de Barros, “a preocupação jurídica com o meio ambiente só se tornou efetiva quando acidentes de grandes proporções aconteceram por causa da ação humana”.<sup>65</sup> Esse autor cita com clareza vários acidentes ambientais de grandes proporções, a seguir transcritos. Outros autores permeiam com grandes catástrofes a vasta literatura ambiental, confirmando a introdução existente nesse capítulo, de que grandes e consideráveis impactos ambientais se deram no século passado, no período da Revolução Industrial.

O primeiro acidente noticiado por Barros<sup>66</sup> foi o despejo de efluentes industriais na Baía de Minamata,<sup>67</sup> no Japão. Em face do descarte de efluentes industriais contendo mercúrio, aproximadamente 12.500 foram contaminadas em face da ingestão dos peixes pescados na baía. Alguns moradores contaram que passaram a verificar a ocorrência através de sintomas apresentados nos gatos que viviam nas cercanias, e logo em seguida, nas pessoas. Daí porque a contaminação se deu por intermédio dos peixes.

---

responsabilidades e soluções diferenciadas, alegando que as causas dos problemas ambientais diferiam de acordo com os níveis de desenvolvimento. É por isso que a Declaração de Estocolmo incluiu um número de princípios destinados às necessidades especiais dos países do Terceiro Mundo, como é o caso dos Princípios 9 e 12 [...]”. BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 15. Prossegue o autor: “em termos de perspectivas, a Conferência de Estocolmo fixou as direções da política ambiental das Nações Unidas para os 20 anos seguintes e para isso foi criado o Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (UNEP – United Nations Environment Programme), administrado pela Assembléia Geral. Uma das metas estabelecidas no UNEP foi o de insistir para que os países se comprometessem com um progressivo desenvolvimento da lei ambiental, além de encorajá-los a adotar uma legislação nacional adequada. A efetividade deste programa aconteceu porque entre 1972 e 1992 foram negociados mais de 100 tratados multilaterais”. Idem, p. 15-16.

<sup>63</sup> Decreto Federal n. 73.030, de 30/10/1973.

<sup>64</sup> Lei Federal n. 6.938, de 31/08/1981. Para Capelli, essa Lei “[...] representa a superação legislativa das fases econômico-utilitarista do meio ambiente (primeiro momento), e de defesa da saúde (segundo momento), para adentrar em uma visão ampla do meio ambiente sob o ponto de vista biocêntrico”. Diz ainda que “a tal conclusão se chega pela leitura do conceito de meio ambiente trazido pelo art. 3º., I, da Lei 6938/81, como ‘o conjunto de condições, leis, influências e interações que permite, abriga e rege a vida em todas suas formas’, demonstrando que o homem não está no centro ou é previsto como destinatário único ou primordial da norma”. Op. Cit., p. 27.

<sup>65</sup> Op. cit., p. 04.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> Notícia o autor que o acidente ocorreu no período de 1953 a 1997.

Na Índia, na cidade de Bhopal, em dezembro de 1984, “um vazamento de isocianato de metilaum, gás altamente venenoso, numa fábrica de pesticida, matou 8.000 pessoas imediatamente, além de grande quantidade de animais [...]”<sup>68</sup> e alcançou nos meses seguintes a contaminação de 500.000 habitantes, dos quais 16.000 morreram nos anos que se sucederam. Menciona Barros que “os familiares das vítimas que morreram ou aquelas que foram contaminadas foram indenizados com valores que em média chegaram aos 430 dólares”.<sup>69</sup>

Outros acidentes com os grandes navios petroleiros Exxon Valdez, Torrey Cãnion, ocorridos em alto mar, causaram grandes danos ambientais e a mortandade de milhares de toneladas de peixes e de animais diversos. Barros ainda menciona os navios Amoco Cadiz e o Atlantic Express, “que produziram danos ambientais graves com a matança de aves e outros animais”.<sup>70</sup> Acidentes nucleares, como o de Chernobyl, no ano de 1986, inclinaram os legisladores e líderes mundiais no propósito de normatizar a proteção jurídica do meio ambiente.

No Rio Grande do Sul, a mortandade de peixes no ano de 2006 no Rio dos Sinos, expôs a fragilidade da fiscalização e da ausência de políticas públicas de preservação dos mananciais que abastecem os milhares de habitantes da capital do Estado e cidades vizinhas, todas às margens de um dos maiores e complexos ecossistema compartilhado da América do Sul. O Relatório Azul da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, edição de 2007, asseverou a tragédia do Rio dos Sinos ocorrida em 2006 e que alcançou proporções nacionais quanto a sua divulgação. Rualdo Menegat, Doutor em Ecologia, menciona que:

Exemplo disso é a tragédia ocorrida no rio dos Sinos em 2006. Além da mortandade de peixes, a água que abastece milhares de pessoas ficou seriamente contaminada, e os ecossistemas do entorno foram danificados. Como tal contaminação foi cometida por empresas inescrupulosas, é evidente que os produtos que produzem, e por decorrência, também aqueles do Rio Grande do Sul, passaram a carregar a imagem do desastre, portanto, seu valor no mercado despencaram. Afinal, quem quer comprar sapatos às expensas de cem toneladas de peixes mortos? Com isso, há deterioração simultânea da paisagem, dos ecossistemas e da economia, de sorte a causar depressão social e mal estar cultural. Ou seja, isso não é sustentável.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Op. cit., p. 05.

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> Op. Cit., p. 06. Menciona ainda o autor que no período houve algumas publicações de repercussão, em que “pensadores com visões pragmáticas alertaram o mundo sobre o perigo que o crescimento econômico desmedido poderia acarretar [...]”.

<sup>71</sup> RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório Azul 2007: garantias e violações dos direitos humanos*. Porto Alegre (RS): Assembléia Legislativa, 2007, p. 360.

Para Barros, ao se referir sobre a mortandade de peixes ocorrida no Rio dos Sinos, menciona que:

[...] embora não possa ser catalogada como fator de criação de um direito ambiental efetivo, em decorrência de sua posterioridade, serve como exemplo de como a poluição gerada pelos esgotos de 42 cidades e potencializada por despejos de efluentes de várias indústrias pode causar ao meio ambiente quando não há gestão responsável do Poder Público.<sup>72</sup>

Menciona que nesse caso o acidente provocou no gestor do rio, o Estado do Rio Grande do Sul, a tomar medidas concretas em face dos poluidores e do próprio órgão de proteção ambiental.

Tendo em vista a grande repercussão dos acidentes, não foi diferente a idéia de preservação do meio ambiente nos municípios que aos poucos foi incorporada pelas novas gerações, que passaram a conceber uma nova realidade para a questão ambiental. Quer seja pela educação escolar ou quer seja pela divulgação nos meios de comunicação em massa, gerações de estudantes e empresários passaram a dar uma nova ênfase à preservação ambiental. Aqueles levando para casa pequenos ensinamentos de preservação, economia de água, separação de lixo. Esses, norteados por grandes grupos, buscaram licenciamento e certificação em sistemas da qualidade, as conhecidas normas ISO.

As administrações municipais não poderiam agir de outra forma. Embora quase sempre omissa em obras de saneamento<sup>73</sup>, até então o grande ícone da preservação ambiental, a legislação existente e compilada ao longo dos anos trouxe a necessidade de se assumir uma postura ativa em prol da matéria ambiental.<sup>74</sup> A competência comum dos entes na proteção do meio ambiente e combate da poluição, instituída na Constituição da República trouxe ao administrador municipal a obrigação de atuar de forma positiva na preservação, sob o risco de ser responsabilizado por seus atos ou pela sua omissão no trato ambiental.

<sup>72</sup> Op. cit., p. 04.

<sup>73</sup> Mencionam Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal que: “[...] no Brasil, pós-64, as políticas sociais no contexto das prioridades governamentais centrou-se na implementação de um novo conceito de eficiência no qual os interesses econômicos prevaleceram sobre os interesses sociais. Como reflexo disso, as políticas governamentais nas áreas de bem-estar coletivo - saúde pública, saneamento, educação, habitação e nutrição -, obtiveram ínfimo destaque na agenda governamental. Desse modo, não se alterou significativamente o perfil de desigualdade social dominante, o que, somado à compreensão salarial e ao desemprego, tem configurado um crescente agravamento das condições gerais da população”. *In Ainda os direitos de participação social: cantilenas recorrentes*. Direitos Sociais & Políticas Públicas – Desafios Contemporâneos. Org: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1.522.

<sup>74</sup> No passado, ao revés da proposta de preservação, os municípios atuaram como vilões do meio ambiente. Barros exemplifica que: “[...] as medidas ou eram essencialmente econômicas ou de mero prazer, como era o corte de árvores, ou como a criação do Jardim Botânico, e serviam como pretexto para criação de um grande jardim para satisfazer a curiosidade imperial. Tanto que a importação de grande quantidade de árvores exóticas de vários países e sua incrustação no ambiente natural então existente modificaram substancialmente a biosfera dominante. [...] Basta lembrar que até os anos 60 era permitido poluir, tanto que, movido pelo espírito desenvolvimentista, Benedito Valadares, Governador de Minas Gerais, em 1941 decidiu implantar em Contagem a *Cidade Industrial*, onde indústrias lançavam diariamente toneladas e mais toneladas de detritos no ar, sem a menor preocupação, causando danos irreparáveis à saúde da população. Op. cit, p. 29.

Pode-se dizer que a constitucionalização do direito ambiental foi um marco no caminho de sua efetiva concretização, já que sua permanência no texto constitucional é pressuposto de efetividade na sua aplicação, entretanto, a constitucionalização não é sinônimo de concretização efetiva desse direito.

A sua constitucionalização representa garantia de sua perpetuação, o que, em tese, é um grande passo para a sociedade. Para Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da efetividade dos direitos constitucionalizados, menciona:

(..) a falta de um mecanismo de controle da constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, à mercê da vontade do legislador. É, exatamente, a proteção judicial e o controle da constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias.<sup>75</sup>

Ao trazer-se um direito ao texto constitucional, promove-se a garantia de sua efetividade com lastro no poder do Estado. Nesse sentido, Anderson O. Cavalcante Lobato afirma:

Por si só, a constitucionalização dos Direitos individuais, coletivos e políticos, representava uma garantia, pois deixavam de ser recomendações destinadas a orientar a ação governamental, para serem verdadeiros direitos subjetivos, passíveis de serem discutidos - garantidos - em face do poder do Estado".<sup>76</sup>

Entre a afirmação e a efetiva proteção jurídica de um direito existe grande diferença. Bobbio alerta que “[...] descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”<sup>77</sup>.

Entre esses direitos do homem está, também, o direito a um ambiente saudável e que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades ou, quem sabe, que garanta pelo menos a sobrevivência da espécie humana. Ainda nessa seara, muito mais do que se falar em meio ambiente, outros direitos a ele ligados merecem tutela estatal. O direito à cultura e a preocupação com o perecimento de minorias étnicas, como índios e quilombolas merecem a devida tutela estatal.

Ainda acerca desse bem ambiental a ser protegido, vale trazer novamente o ensinamento de Bobbio, que afirma categoricamente:

Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Celso Bastos Editor: São Paulo. 1998. p. 29.

<sup>76</sup> LOBATO, Anderson O. Cavalcante. *Os Desafios da Proteção Jurisdicional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais*. Revista Estudos Jurídicos. São Leopoldo RS: Ed. UNISINOS. n. 86, 1999, p. 17.

<sup>77</sup> BOBBIO, 1992, Op. cit., p. 63.

proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de Direito.<sup>78</sup>

O formalismo da dogmática jurídica existente não permite uma interação dinâmica e eficaz na manutenção e garantia dos direitos humanos fundamentais, demonstrando-se em certos casos, capaz de negar o acesso de seus jurisdicionados por questões de legitimidade e atuação processual.

Montesquieu ensina que:

As formalidades da justiça são necessárias para a liberdade. Mas sua quantidade poderia ser tão grande que chegaria a contrariar o objetivo das próprias leis que a teriam estabelecido: as questões não teriam fim: a propriedade dos bens permaneceria incerta; dar-se-ia a uma das partes os bens da outra sem verificação ou se arruinariam ambas em razão de tantas verificações. Os cidadãos perderiam a liberdade e a segurança, os acusadores não conseguiriam mais convencer, nem os acusados conseguiriam justificar-se.<sup>79</sup>

Do excesso de formalidades decorre a ineficácia das normas vigentes em relação aos seus subordinados, conforme ensina Bobbio:

O problema de eficácia de uma norma é o problema de ser ou não ser seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida.<sup>80</sup>

A partir do problema da dogmática jurídica e seu formalismo, deve-se considerar o risco de se conceder tamanha autonomia ao município de gerir o meio ambiente através da municipalização, sem possuir a sociedade um sistema que permita frear ou delimitar a atuação do gestor de maneira rápida e efetiva.

Sabido é que o direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra reconhecimento constitucional e infraconstitucional. Portanto, efetivá-lo, pela via judicial, em tese, seria uma forma de se promover o controle concreto das ações do gestor público municipal quando do licenciamento ambiental.

O Brasil é um país de contrastes. Considerando tais deficiências, inicialmente, a implantação de uma unidade de meio ambiente em nível municipal deve considerar área, população e características dos principais problemas ambientais, sendo essas algumas das tantas variáveis a serem consideradas para definição de servidores, estruturas e formas legais de atuação.

---

<sup>78</sup> Op. cit. p. 64.

<sup>79</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 601.

<sup>80</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti: São Paulo: Edipro, 2003. p. 47.

Em municípios pequenos a disponibilidade de mão-de-obra com formação necessária para atender as expectativas ambientais, como, por exemplo, técnicos ambientais, engenheiros ambientais, geólogos, é extremamente escassa. E mais, quando contratada, encontra óbice nos baixos vencimentos pagos, já que tais municípios geralmente apresentam características agrosilvo-silvo-pastoril ou mesmo apenas vocação turística.

Escassa a mão de obra, ao administrador municipal que é comprometido com o futuro do município, restam poucas alternativas para serem tomadas. Inobstante o problema da contratação, as pressões políticas assumem feições assustadoras. A busca pelo crescimento e o aumento da arrecadação de impostos, geração de emprego e melhores condições de vida aos munícipes impõem ao administrador a obrigação de alavancar o crescimento municipal.

Conciliar crescimento com preservação, dependendo das condições econômicas existentes no município aparenta ser complicado. Daí porque delegar ao executivo municipal o licenciamento ambiental pode não ser a melhor assertiva, já que escassos os mecanismos para o controle de sua atuação.

A doutrina reconhece a proximidade e a necessidade de interação da sociedade e do Estado para o desenvolvimento sustentável, premissa elencada nos propósitos constitucionais.

Para Santilli:

O socioambientalismo nasceu, portanto, baseado no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais.<sup>81</sup>

Entretanto, há certa dificuldade em promover a preservação ambiental em locais que as pessoas não possuem condições financeiras para sua manutenção, a não ser que, em contrário, da preservação possam auferir alguma renda. Embora a doutrina assim recomende, a geração de políticas públicas nesse sentido encontra óbice na própria cultura social e jurídica existente, sob o prisma de que se trataria de compra de votos, promessa política ou ainda desvio de verbas públicas. De possíveis excessos que pode o gestor municipal praticar, licenciando atividades potencialmente poluidoras sob a justificativa de crescimento é que o cidadão tem o dever de combater, pela esfera judicial, em nome da preservação de direitos que não são somente seus e sim, de toda uma coletividade.

Muito mais do que o princípio constitucional do meio ambiente equilibrado, outros princípios balizam a atividade do administrador. Por esse enfoque, o que se obtém da Constituição Federal e do Direito Administrativo é a base a ser utilizada como ferramenta para comungar os interesses públicos com os interesses particulares, através de um

---

<sup>81</sup> Op. cit. p. 35

regramento norteado por princípios determinantes do regime jurídico da atividade destinada ao atendimento precípuo, concreto e imediato dos interesses públicos, desde que em consonância com os anseios da população, abrangendo a atividade executiva, legislativa e jurisdicional.

Veja-se que em tempos modernos, em que as informações se apresentam em um simples acesso de computador aos sítios de informação, “os objetivos da sociedade, claros e bem definidos estão presentes na vida de cada indivíduo de forma constante; todos sabem porque estão ali naquela sociedade e porque o grupo precisa existir”.<sup>82</sup>

Por ora, o que se verifica é que o gestor público deve estritamente submeter seus atos a uma criteriosa avaliação, tendo por base as normas constitucionais vigentes e as tendências jurisprudenciais apontadas pelos tribunais, bem como, as constantes interpretações dos princípios que se apresentam, sob pena de serem invalidados e ainda, ser o agente político severamente punido por sua desídia, se for o caso.

Os princípios a serem observados pela administração pública, no entendimento de Alexandre de Moraes<sup>83</sup>, dão conta de uma divisão que estabelece princípios constitucionais sensíveis, princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos.

Para tanto, resume que os princípios constitucionais sensíveis são os que, uma vez não observados pelos gestores ou legisladores, podem “acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política”<sup>84</sup>. Esses princípios estão explicitados no art.34, inciso VII da CF, e abarcam, dentre outros, a aplicação correta da receita e prestação de contas.

Os princípios federais extensíveis, como decorre do próprio nome, “são as normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e municípios, portanto, de observância obrigatória no poder de organização do Estado”<sup>85</sup>. Podem ser exemplificados de acordo com o disposto no art. 5º, incisos, I, II e III da CF/88, entre outros.

Concluindo a lição do jurista, apresentam-se no ordenamento os princípios constitucionais estabelecidos, que “consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da constituição, e, além de organizarem a própria federação,

---

<sup>82</sup> MARIN, Jeferson. *A constituição desconstituída: antecedentes históricos e o retrato das crises do estado moderno*. Revista Científica do Instituto de Pesquisa Cenequista. Bento Gonçalves : FACEBG. Ano 3, No. 3, Dez/2005. p. 134

<sup>83</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª. Ed.. São Paulo : Atlas, 2004. p. 272.

<sup>84</sup> Op. cit. p. 272

<sup>85</sup> Op. cit. p. 273

estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização”<sup>86</sup>. Podem ser citados como tal, o disposto no art. 27, 28 e 37 da CF/88.

Dos princípios elencados no texto constitucional, ensina Blanchet<sup>87</sup> que se destaca “a moralidade administrativa como um dos princípios basilares da administração pública, sendo sua observância uma regra obrigatória em qualquer hipótese” ou ato do gestor. Para Augustin<sup>88</sup>, “a legalidade é o princípio mais comentado e lembrado pela sociedade de um modo geral” e acrescenta que “parcos são os casos submetidos ao controle judiciário e que se referem à prática administrativa contrária a algum outro princípio constitucional que não o a legalidade”.

O princípio da legalidade deve guardar consonância com os demais, vez que todos são lidos ao mesmo tempo quando se depara com um ato do gestor público. Para Franco Sobrinho,

(...) só o princípio da legalidade não é o bastante. Nem o da legitimidade do poder público, administrativo ou político. Necessitando o hermeneuta, ou os aplicadores da lei, preencher quando da aplicabilidade das normas um vazio, um quase-vácuo, entre o que pode ser legal, mas que no trato comum atinge a moralidade do ato.<sup>89</sup>

De difícil conceituação, encontra-se, por força da EC 19/98 o princípio da eficiência, inserido pela aludida emenda e que ainda carece de definição específica. Entretanto, o que se espera de um mínimo de eficiência do gestor público são resultados positivos contabilizados em sua administração, não só apenas financeiros, mas sim, que abarquem de forma satisfatória as necessidades da população, tratando a máquina pública como se fosse uma empresa privada, dela extraindo e obtendo resultados satisfatórios, muito mais eficientemente técnicos do que viavelmente políticos.

Alexandre de Moraes<sup>90</sup> explica que o princípio da eficiência já está inserido nos textos constitucionais da Espanha desde 1978, República das Filipinas desde 1986, e Portugal, ainda que não o denomine dessa forma, consagra no art. 267 que “a administração pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva”.

Na lição de Meirelles,

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exigida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, já que não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos

<sup>86</sup> Op. cit. p. 273

<sup>87</sup> Op. cit. p. 32.

<sup>88</sup> Op. cit. p. 11

<sup>89</sup> FRANCO SOBRINHO. Manoel de Oliveira. *O princípio Constitucional da moralidade administrativa*. 2ª. Ed. Curitiba : Gênese. 1993. p. 44

<sup>90</sup> Op. cit. p. 319.

para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.<sup>91</sup>

Essa realidade, inserida pela carta constitucional tem demonstrado notável modificação na forma de atuação do ente público, removendo a imagem que maculava as instituições públicas. O que se observa, por força de lei, são órgãos internos de controle, avaliação e treinamento de servidores atuantes na administração pública, bem como a implantação e busca de sistemas de qualidade total, avaliação de atendimento e outras formas de obter do cidadão, por sua manifestação, a sua opinião e sugestão acerca dos serviços que lhe são disponibilizados. Ao que se observa, o servidor público, independentemente do cargo que ocupa, parece estar ciente que sua atuação na grandiosa máquina administrativa é um dever e não uma faculdade.

Para Moraes, “o administrador público precisa ser *eficiente*, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade”.<sup>92</sup>

Citados os princípios da legalidade, moralidade e eficiência, outros são e de não menor importância, os princípios da supremacia do interesse público, da razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, publicidade, impessoalidade, bem como, nos dizeres de Augustin<sup>93</sup>, “o superior princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros”, todos voltados como valiosa ferramenta do Poder Judiciário, ao controle dos atos dos gestores públicos, onde, pelo mesmo autor, que os utiliza “investigando a finalidade da norma jurídica que sempre visa ao interesse da coletividade. Possui o interprete, como instrumentos de controle, a aferição da incidência dos princípios constitucionais que regem a administração pública”.

A Constituição ainda consagra o princípio da obrigatoriedade da intervenção do poder público, prevenindo e reparando danos ambientais. Para Juliana Santilli:

O princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal é complementado pelo princípio da participação democrática e da transparência na gestão dos recursos ambientais, por meio da publicidade dos instrumentos de avaliação do impacto ambiental e do licenciamento ambiental, da participação da sociedade civil em colegiados ambientais e em audiências públicas e do efetivo controle social sobre as políticas públicas.<sup>94</sup>

O que se observa é a idéia de que, mesmo independentes e harmoniosos os poderes, ambos não escapam do crivo do judiciário como controlador da aplicação dos princípios, ou mesmo, pela via do controle constitucional das normas vigentes, sua validação no meio social

<sup>91</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª. Ed. São Paulo : Malheiros. 2003. p. 94.

<sup>92</sup> Op. cit. p. 319.

<sup>93</sup> Op. cit. p. 22.

<sup>94</sup> Op. cit. p. 62.

e a participação desse meio nas decisões que a eles diretamente ou indiretamente lhe influenciam.

Denota-se a preocupação do legislador, seja o Constituinte ou mesmo do Poder Legislativo, em dar limites àqueles que detêm o poder, visando a manutenção da coisa pública, sob pena de se desacreditar o Estado e suas instituições. Sergio Augustin<sup>95</sup>, parafraseando Montesquieu aduz que “quem ocupa o poder tende a abusar dele”.

Assim, resta demonstrando que a construção ambiental existente no texto constitucional trouxe muito mais que a elevação de considerável direito ao campo da proteção constitucional, nela figurando. Permitiu ainda a promoção do controle dos atos dos gestores públicos em busca de um ambiente saudável e sustentável para as atuais e futuras gerações.

## **2. A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL NA GESTÃO AMBIENTAL, A PARTICIPAÇÃO POPULAR E O CONTROLE JURISDICIONAL**

Os municípios brasileiros têm se ocupado nas últimas décadas em estruturar suas secretarias no sentido de provê-las de técnicos com o conhecimento necessário para atuação nas áreas ambientais.<sup>96</sup>

Até poucas décadas, o meio ambiente se encontrava localizado nas pastas das Obras ou da Saúde, não merecendo a atenção que o problema da sustentabilidade requer. Ao longo dos anos, os regramentos existentes determinaram que os municípios promovessem à atenção devida à pasta do meio ambiente, contratando profissionais e capacitando os existentes, com vistas à obtenção de uma atividade pública voltada à adoção de políticas públicas voltadas à sustentabilidade.

Algumas normas exigem como pressuposto para validade dos licenciamentos e projetos, a necessidade de participação popular, através das audiências públicas, em que o projeto é desmistificado e traduzido em linguagem comum, permitindo o entendimento da população em geral e sua possibilidade de anuência com os propósitos do empreendedor e da própria administração pública.

---

<sup>95</sup> Op. cit. p. 21

<sup>96</sup> Assim observa Fiorillo: “[...] temos que a Carta Constitucional trouxe importante relevo para o Município, particularmente em face do direito ambiental brasileiro, na medida em que é a partir dele que a pessoa humana poderá usar os determinados bens ambientais, visando plena integração social, com base na moderna concepção da cidadania. Op. cit., p. 204.

Nesse ínterim, o Judiciário tem prestado importante papel, como garantidor do cumprimento das premissas elencadas nas normatizações que garantem a publicidade dos projetos em tramitação e dos propósitos das administrações públicas.

Em face da extensão continental do país, algumas regiões sofrem interferência de órgãos licenciadores de diversas esferas de poder, como por exemplo, União e Estado têm competência para promover o licenciamento de áreas existentes nos municípios. Tal extensão de competência se aplica também à jurisdição, causando a ela efeitos reflexos que serão a seguir analisados.

## 2.1 O Licenciamento Ambiental: Os entes atuadores e os aspectos de concessão

Para análise do licenciamento ambiental<sup>97</sup> é de grande valia, inicialmente, a inserção das competências dos entes e suas prerrogativas para licenciamento de obras de impacto ambiental nas três esferas de poder.

O IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis é detentor de competência originária e supletiva e posteriormente dos órgãos estaduais, no caso do Rio Grande do Sul, a FEPAM – Fundação Estadual de Proteção Ambiental.

Pela interpretação da legislação vigente, em especial o art. 225, parágrafo quarto da Constituição Federal; o artigo 8º., inciso I; o artigo 10º. e artigo 11º., parágrafo primeiro, todos da Lei Federal n.º 6.938/81 e artigo 4º, parágrafo segundo, da Resolução CONAMA n.º 237/97<sup>98</sup>, se depreende que o IBAMA detém duas ordens de atribuições para fins de licenciamento ambiental: a competência originária e a competência supletiva.

A competência originária se dá nos casos previstos no artigo 10º. da Lei Federal n.º 6.938/81 e, em especial, de seu parágrafo 4º e no artigo 4º, parágrafo 2º da Resolução

---

<sup>97</sup> Fiorillo menciona acerca da distinção entre licenciamento ambiental da licença administrativa: “sob a ótica do direito administrativo, a *licença* é espécie de ato administrativo ‘unilateral e vinculado, pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade’. Com isso, a licença é vista como um ato declaratório e vinculado.

O *licenciamento ambiental*, por sua vez, é o complexo de etapas que compõem o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão de *licença ambiental*. Dessa forma, não é possível identificar isoladamente a licença ambiental, porquanto esta é uma das fases do procedimento.” Op. cit., p. 205.

<sup>98</sup> Essa Resolução define no inciso I do art. 1º. o termo “licenciamento ambiental” como “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetivas 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”. No inciso II do mesmo artigo, define “licença ambiental” mencionando que é o “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetivas ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”.

CONAMA 237/97. As demais situações seriam dos órgãos de proteção ambientais estaduais. Já a competência supletiva se dá toda vez que o órgão ambiental estadual seja inepto ou mesmo se baseie em estudos incompletos. Nesse sentido, são expressos os textos dos artigos 10º. e 11º., parágrafo 1º da Lei Federal n.º 6.938/81. A respeito da competência supletiva do IBAMA, também se encontra na Resolução CONAMA n.º 237/97, que dispõe sobre o licenciamento ambiental, regulamentando em seu parágrafo segundo do art. 4º a competência supletiva do IBAMA.

Tal informação é de grande importância, uma vez que se o gestor público ou mesmo o cidadão busca submeter à apreciação judicial determinado licenciamento, pode optar por incluir todos os órgãos de licenciamento no pólo passivo da demanda, ampliando assim a discussão a ser proposta e obtendo importantes informações técnicas que podem nortear a decisão a ser proferida.

Ademais, se os empreendimentos de impacto ambiental se localizarem em região de área de Mata Atlântica, o que abarca considerável parte dos municípios mais desenvolvidos, a competência do IBAMA resta confirmada em face da declaração, pela UNESCO, no ano de 1993, de se tratar de RESERVA DA BIOSFERA, o que a configura como patrimônio público de interesse nacional, a teor do artigo 225, parágrafo 4º da CF/88.

A análise da legislação ambiental vigente demonstra a existência de uma considerável gama de normas editadas ao longo dos anos, algumas inclusive de natureza conflitante ou mesmo coexistentes entre normas de Direito Ambiental e Direito Administrativo. Na medida em que se amadurece um propósito de preservação ambiental, vários são os projetos aviados com o ensejo de se obter o embasamento legal de futuras ações em prol do futuro do planeta.

Além dos órgãos de licenciamento ambiental e das empresas empreendedoras figurarem no pólo passivo de eventual demanda, deve-se verificar acerca do foro competente para o ajuizamento da demanda. Por se tratar o IBAMA de órgão federal, a apreciação da lide deve ser de competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso I e parágrafo 2º, da CF/88. Deve-se sustentar ainda que por ser um empreendimento de grande impacto ambiental, na maioria dos casos a demanda buscará obstar possíveis danos ao meio ambiente e aos cidadãos nele inseridos, pelo que as subseções judiciárias federais se demonstram mais céleres e abrangentes.

Doutra banda, quanto às concessões propriamente ditas, cujos aspectos decorrem das licenças emitidas pelos órgãos licenciadores, divididas em Licença Prévia – LP, Licença de Instalação – LI e Licença de Operação – LO, as mesmas são precedidas de Estudo de Impacto Ambiental – EIA e seu respectivo relatório – RIMA.

O Estudo de Impacto Ambiental tem como escopo jurídico atestar, de forma prévia, a viabilidade do empreendimento e a forma de sua realização garantirá ou não, a confiabilidade de seu conteúdo, sendo essa uma condição indispensável ao estabelecimento de medidas de mitigação, reparação, compensação, controle e programas de monitoramento ambiental dos impactos gerados. Fiorillo ensina que “a sua essência é preventiva e pode compor uma das etapas do licenciamento ambiental”.<sup>99</sup>

Sua criação se deu em 1969 nos Estados Unidos da América, através do labor da NEPA – *National Environmental Policy Act* – cuja sigla originou-se do termo *Environmental impact assessment*. No Brasil, foi conhecido após a Carta da República de 1988, nos termos do inciso IV do parágrafo primeiro do artigo 225. Nesse texto, está mencionado o termo “estudo prévio de impacto ambiental”.

Ensina Antônio Figueiredo Guerra Beltrão<sup>100</sup> que:

[...] é da essência do estudo de impacto ambiental, desde a sua origem no NEPA, como nos demais estudos ambientais, o seu caráter prévio, em decorrência do princípio da prevenção. Por tal razão, a Lei n. 6.938, de 1981, sete anos antes da nova ordem constitucional, já previa expressamente que o licenciamento ambiental, em que se encontra inserido o EIA, há necessariamente de ser prévio ao empreendimento proposto (art. 10). (2009, p. 56).<sup>101</sup>

Por ser prévio ao licenciamento da obra de impacto que se pretende edificar, o Estudo de Impacto Ambiental, elevado à condição de norma constitucional, tem a sua exigência como medida imperativa ao empreendedor. Entretanto, o estudo de impacto ambiental pode traduzir em seus textos o propósito do empreendedor e não do Poder Público ou das premissas de sustentabilidade.

Esse fato pode ser somado à precariedade do quadro de servidores em alguns municípios, cujos vencimentos não permitem a contratação ou formação específica de técnicos com conhecimentos necessários para possibilitar uma compreensão do real alcance

<sup>99</sup> Op. cit., p. 210. Esse autor também menciona que “trata-se de um instrumento originário do ordenamento jurídico americano, tomado de empréstimo por outros países, como a Alemanha, a França e, por evidência, o Brasil”. Diz ainda que “com a Constituição Federal de 1988, o estudo prévio de impacto ambiental passou a ter *indole constitucional*, porque anteriormente somente podíamos verificar a existência de um instrumento similar na Lei de Zoneamento Industrial (Lei n. 6.803/80), no seu art. 10, parágrafo terceiro, que exigia um estudo prévio acerca das avaliações de impacto para a aprovação das zonas componentes do zoneamento urbano. Todavia, ele se distanciava muito do atual instrumento constitucional de prevenção do meio ambiente: o EIA/RIMA, já que aquele meio estatuído na Lei de Zoneamento não previa a participação pública. Além disso, o seu campo de aplicação estava restrito aos casos de aprovação de estabelecimento das zonas estritamente industriais e, ainda, não integrava um procedimento de licenciamento ambiental”.

<sup>100</sup> BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Estudo de Impacto de Vizinhança. In AHMED, Flávio e COUTINHO, Ronaldo. Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 55-80.

<sup>101</sup> Exemplifica o autor que “no intuito de regularizar obras que haviam sido iniciadas anteriormente à introdução do EIA no direito positivo brasileiro, a Resolução CONAMA n. 6, de 16.09.1987, previu a figura do “EIA *a posteriori*” para o licenciamento ambiental de obras de grande porte, principalmente as do setor de energia elétrica. Evidente a sua incompatibilidade com o art. 10 da Lei n. 6.938, de 1981, e com a Carta Federal de 1988”.

dos riscos existentes em determinada obra. A necessidade de um quadro técnico competente e comprometido é medida imperativa da administração pública para o licenciamento ambiental, tornando legal e legítima a decisão tomada.

A propósito, ensina Krell que “a questão, por exemplo, se um produto deve ser considerado “poluente” ou se uma construção “se insere na estética da paisagem, deve ser respondida, em tese, mediante perícias de técnicos especialistas ou órgãos colegiados [...]”.<sup>102</sup>

Nessas condições, sem um quadro de pessoal competente para a função de análise ambiental, resta comprometido o licenciamento ambiental.

Se aprovado, é carecedor de um entendimento acerca de seus riscos e, uma vez reprovado, o amplo conhecimento e formação técnica dos grandes empreendedores permite facilmente aos grandes grupos empresariais elaborarem demandas judiciais ricas em informações que possibilitem reverter o contencioso administrativo, controle judicial esse que será tema de análise ainda neste estudo, uma vez que existem limitações à atuação do Poder Judiciário frente ao poder discricionário motivado da administração pública.

Mesmo que se tenha a participação popular, inclusive de associações ou órgãos representativos, os dados podem ser moldados de forma a demonstrar a viabilidade do propósito empreendedor, ainda mais quando chancelados por um gestor que busca criar inúmeros empregos e aumentar consideravelmente a arrecadação tributária, enxergando apenas a economia e não a sustentabilidade.

Outro aspecto, notadamente nas obras do perímetro urbano, diz respeito ao Estudo de Impacto de Vizinhança - EIV<sup>103</sup>, não analisado apenas com os reais vizinhos do contexto, mas sim, seu impacto nos mais diversos segmentos sociais, como segurança, saúde pública, alteração nos índices de natalidade ou mortalidade e afins.

Pela leitura do artigo 37 do Estatuto da Cidade, alguns pressupostos se fazem necessários para validar o EIV, dentre os quais: adensamento populacional; equipamentos urbanos e comunitários; uso e ocupação do solo; valorização imobiliária; geração de tráfego e transporte público; ventilação e iluminação; paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

E mais, o EIV é uma inovação que advém como um dos instrumentos gerais da Política Urbana, consoante disposição do inciso VI do artigo 4º. do Estatuto da Cidade,

---

<sup>102</sup> KRELL, Andréas Joachim. Discricionariiedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 52.

<sup>103</sup> Capelli cita que “esse instrumento, originário da legislação do Município de São Paulo, está contemplado no Estatuto da Cidade, nos arts. 36/38. O Estatuto prevê a possibilidade de ser exigido o EIV para analisar os impactos na qualidade de vida da população do entorno que possam advir de empreendimentos urbanos. [...] Para vigorar em determinado município, é necessário, como de resto todos os instrumentos introduzidos pelo Estatuto da Cidade, que a legislação municipal o contemple e o regulemente [...]”. Op. cit., p. 123.

estando posteriormente disciplinado nos artigos 36 a 38 da aludida norma.

Os artigos ora nominados, respectivamente, tratam da exigência de lei municipal definir quais empreendimentos ou atividades de natureza privada ou pública, em área urbana, que dependerão da elaboração do EIV. Para Toshio Mukai:

[...] no caso de construções e ampliações antes da licença, nos casos indicados em lei municipal, deverá ser realizado o EIV; no caso de alvará de funcionamento de atividades, antes da autorização, haverá o EIV.<sup>104</sup>

O EIV também poderá ser solicitado em obras que um ente federado venha a realizar no território de determinado município, como, por exemplo, a construção de um presídio, desde que na área urbana. Há de se verificar que o EIV e o EIA, ambos instrumentos jurídicos de política urbana, são pressupostos para se verificar a sua viabilidade e os impactos a que podem ser submetidos os moradores. Em se tratando de área rural, assim ensina Antônio Figueiredo Guerra Brandão:

[...] lei municipal deverá *previamente* indicar quais os empreendimentos ou atividades que demandarão o EIV. Não se trata, portanto, de uma exigência aleatória, a ser realizada sem respaldo legal. Outrossim, o EIV apenas poderá ser exigido para empreendimentos ou atividades localizadas em área *urbana*, ou seja, se localizados em área rural, não poderá ser exigido.<sup>105</sup>

Outro aspecto diz respeito ao fato de que o EIV não substitui o EIA, ou seja, apenas o complementa, quando a lei assim exigir, nos termos do artigo 38 do Estatuto da Cidade. O mesmo autor complementa que “o EIV será exigido pelo Poder Público municipal, conforme lei específica”, enquanto que “o EIA, por sua vez, será exigido pelo órgão competente para expedir o licenciamento ambiental.”<sup>106</sup>

E complementa ainda, sobre ambos os estudos:

Na realidade, o EIA pode e deve ser empregado também para projetos localizados eminentemente no espaço urbano, ou seja, para a tutela do ambiente artificial e cultural, desde que tenham potencial de causar *significativa* degradação ambiental.<sup>107</sup>

Ao destacar o termo *significativa* em sua afirmação, justifica que:

[...] seria mais racional exigir o EIV apenas para os projetos que não possuam potencial de causar *significativa* degradação ao ambiente, evitando-se, assim, a cumulação desnecessária de instrumentos legais com objetivos bastante semelhantes, resultando em burocracia e confusão para os empreendedores. Ademais, considerando-se que o EIA ainda não foi suficientemente amadurecido e absorvido pela cultura jurídica pátria, a criação de outro instrumento de natureza quase que idêntica acaba por dificultar ainda mais a sua correta compreensão e evolução”.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> MUKAI, Toshio. Direito urbano-ambiental brasileiro. 2ª. Ed. rev., atual. e ampl. (de acordo com o Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/01 – e com o novo Código Civil, Lei n. 10.406/) São Paulo: Dialética, 2002, p. 327.

<sup>105</sup> Op. cit., p. 75.

<sup>106</sup> Op. cit., p. 76.

<sup>107</sup> Op. cit., p. 77.

<sup>108</sup> Op. cit., p. 80.

O tema merece peculiar atenção em sua forma de implementação, já que, uma vez licenciada a obra a ser edificada, os empreendedores poderão aplicar milhares de reais, gerar empregos e arrecadar tributos dos mais diversos. Assim, deve-se verificar se a “significativa” degradação ambiental poderá ocorrer de forma a inviabilizar as atividades vizinhas ao empreendimento, gerando, em sentido oposto, desemprego e fechamento de pequenos estabelecimentos.

Deve-se sempre considerar nesses e em muitos outros casos, que a economia tem ditado as regras de conservação do meio ambiente, e ao que tudo indica, o trata como uma das tantas variáveis do empreendimento, conforme ensina Michel Bachelet: “para a economia, a ecologia não passa de uma simples variável; os recursos naturais são outros tantos *input* integrados nos factores de produção”.<sup>109</sup> Para o ente estatal a definição parece se assemelhar em muito, conforme destaca Cristiane Derani:

A economia ambiental focaliza o papel da natureza como fornecedora de matéria-prima ou como receptora de materiais danosos. Dentro dessa redução, encontramos o sentido de meio ambiente. Assim, meio ambiente deixa-se conceituar como um espaço onde se encontram os recursos naturais, inclusive aqueles já reproduzidos (transformados) ou degenerados (poluídos), como no caso do meio ambiente urbano.<sup>110</sup>

Para César Modena, “a economia global tem, com objetivo intrínseco, elevar ao máximo a riqueza e o poder de suas elites econômicas, ao passo que o objetivo da legislação constitucional ambiental é elevar ao máximo a sustentabilidade da vida”.<sup>111</sup> Parece assim, pela doutrina destacada, existir grande dificuldade em conciliar desenvolvimento e sustentabilidade, analisando-se sob o prisma da economia, razão pela qual o estudo da viabilidade de um empreendimento deve alcançar as reais situações do local e as possibilidades hipotéticas de acontecimentos futuros.

Pode-se exemplificar essa conclusão, o fato, da abertura de um hipermercado em um bairro residencial afastado do centro, local esse permeado por pequenas economias de cunho familiar, que ate então abasteciam os moradores com produtos semelhantes ao do novo empreendimento. Em que pese uma maior oferta de produtos, esses pequenos empreendimentos empregam centenas de pessoas e também arrecadam impostos, sem contar que sua atividade contrata mão de obra das proximidades, evitando ao máximo o deslocamento por meios de transporte de massa.

---

<sup>109</sup> Op. cit., p. 162.

<sup>110</sup> Op. cit., p. 51.

<sup>111</sup> MODENA, César Augusto. *A Constitucionalização de Gaia*. In Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade. Org. Agostinho O. K. Pereira e Cleide Calgaro. Caxias do Sul, RS: Educus, 2008, p. 103.

Também sua existência nos bairros afastados permite que pequenas compras do dia a dia se realizem sem a necessidade de trafegar com automóveis para deslocamento. Por certo, os pequenos empreendimentos dos bairros, além de criarem empregos locais e gerarem tributos, não alteram com seu funcionamento os sistemas de transporte de massa ou ainda criam congestionamentos nas suas imediações.

Um exemplo de empreendimentos de grande impacto de vizinhança que não recebem a atenção devida, mormente sua promessa de arrecadação tributária, diz respeito à construção de usinas hidrelétricas, recentemente denominadas “PCH – Pequenas Centrais Hidrelétricas”. Estando o empreendimento localizado em área rural, lhe é cabível apenas o EIA, entretanto, um aspecto social não resta contemplado.

Ocorre que é grande a demanda de mão de obra vinda de outros Estados, geralmente especializada nesses empreendimentos, nas áreas de engenharia e construção civil. Durante o período em que se encontra sendo edificada, em que pese o empreendimento disponibilizar alojamentos e refeitórios, esses trabalhadores acabam por superlotar serviços básicos de saúde existentes nos municípios, por vezes, aqueles em número maior do que os dos habitantes da cidade onde se localiza o empreendimento.

O resultado é nefasto e o risco de ocorrência de crime de responsabilidade por parte do gestor municipal é latente. Inicialmente porque a Lei Orçamentária Anual não contempla esse aumento do número dos atendimentos e maior demanda de medicamentos, o que faz com que o gestor, suplemente as verbas direcionadas à saúde municipal sem que tenha uma justificativa técnica para o aumento dos atendimentos.

E não faltarão apenas medicamentos. A estrutura médica de pequenas cidades não comporta tamanho atendimento, de modo que o gestor será instado para prestar informações ao Ministério Público e Tribunal de Contas, quanto ao atendimento e aos gastos. Suas informações restarão limitadas e serão carecedoras de cientificidade, já que o empreendimento erigido em seus domínios não contemplou que os trabalhadores se utilizariam dos serviços de saúde do município, ou seja, não lhe foi apresentado um EIV e quais as medidas mitigatórias ou compensatórias poderiam ser ofertadas pelo empreendedor.

O aspecto social e local, aqui exemplificados, é suficientemente forte para demonstrar a necessidade e a importância do EIV nos empreendimentos, por mais que seus investidores entendam que a geração de empregos e tributos, além de uma melhor oferta de produtos, beneficiará a sociedade. Uma gestão pública séria deve avaliar tais aspectos e dele exigir medidas mitigatórias aos efeitos sociais, sob pena de causar um impacto cuja arrecadação

tributária do novo empreendimento não seja capaz de contrapor ao longo dos anos de seu funcionamento.

## **2.2 O Controle da Administração Pública Municipal pelo Tribunal de Contas na Gestão Ambiental**

O reconhecimento constitucional ou legal da necessidade de proteção dos bens ambientais por si não alcança determinar a preservação dos ecossistemas existentes e nem garantir a sobrevivência das espécies, para as quais o ser humano se encontra inserido.

Nesse aspecto, a instrumentalização do controle judicial dos atos das administrações públicas, em específico a municipal, intimamente ligados com a preservação ambiental nos domínios de seus territórios se demonstra como medida mais acertada para o cidadão provocar o Judiciário, de forma autônoma ou mesmo através dos órgãos e instituições que representam seus interesses.

Desse modo, instrumentos processuais postos à disposição dos cidadãos ou mesmo das instituições garantidoras do reconhecimento de direitos difusos encontram óbice em sua efetiva aplicação por um simples revés – o direito se dá para tutelar conflitos entre particulares – o que, desse modo, não transita bem quando não sabe quem pode provocá-lo ou a quem destinar seus comandos sentenciados na proteção do bem ambiental, reconhecidamente um direito transindividual.

Além do Poder Judiciário, surgem também os Tribunais de Contas dos Estados,<sup>112</sup> que tem atuado de forma contundente nos últimos anos na fiscalização dos municípios. Aliás, o fenômeno inevitável do crescimento das cidades implica na adoção de políticas públicas que visem minimizar os efeitos no ambiente, promover a inclusão social e buscar sempre a promoção do bem estar da população, se propiciando a eles uma melhor qualidade de vida.

Para tanto, se vê o gestor municipal fiscalizado pelos órgãos de controle interno, pelo Poder Judiciário, Ministério Público, entidades e organizações não-governamentais e pelo Tribunal de Contas, que, como dito, nesses últimos anos tem reforçado sua atuação no sentido de, muito mais do que um órgão auxiliar do Poder Legislativo, instituir sanções ao administrador ou mesmo, determinar que cesse sua atuação em determinada ação de cunho social, por entender sua inviabilidade.

O Poder Judiciário, que carregava a efetivação das políticas públicas deixadas de lado por alguns administradores, se apresenta nesse embate do gestor público e do Tribunal de

<sup>112</sup> A previsão de atuação dos Tribunais de Contas encontra-se disposta no parágrafo primeiro do art. 31 da Constituição Federal, como órgão auxiliar das Câmaras Municipais.

Contas como mero expectador, já que as decisões jurisprudenciais alcançam apenas syndicar o procedimento adotado pela Corte de Contas e não o mérito de seu “aponte”, forma habitual de trato das ações que apresentam reprovação quando auditadas.

Desse modo, parece que os Tribunais de Contas têm excedido suas prerrogativas, chamando para si a jurisdição que nunca lhe pertenceu, nem por atribuição constitucional e principalmente, pela formação de seus conselheiros, indicados pelo Governador do Estado.

O Tribunal de Contas do RS é composto por conselheiros, nomeados pelo Governador do Estado, e “[...] possuem as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores de Justiça do Estado e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos”, conforme se depreende do parágrafo primeiro do artigo 73 da Constituição Estadual.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do RS designa no artigo 34<sup>113</sup> a “jurisdição do Tribunal de Contas”. Menciona ainda, a possibilidade de aplicação de multas e determinação de ressarcimento ao erário, para o caso de conhecer e apontar irregularidades ou ilegalidades.<sup>114</sup> Pelo Regimento Interno, lhe é atribuída a competência para realizar inspeções e auditorias nas contas do Governo e dos Municípios, inclusive acerca da gestão ambiental.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> CAPÍTULO II

Da Jurisdição

Art. 34 A jurisdição do Tribunal de Contas abrange:

- I – todos os responsáveis, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiro, bens e valores públicos pelos quais respondam o Estado ou quaisquer dos Municípios que o compõem, ou que assumam obrigações em nome do Estado ou de Município;
- II – aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;
- III – todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização;
- IV – os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado a Município, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres;
- V – os herdeiros e sucessores das pessoas a que se referem os incisos I a IV deste artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal; e
- VI – aqueles que, judicialmente, sejam designados, nomeados ou declarados como representantes ou assistentes das pessoas de que trata o presente artigo, para os efeitos do disposto no Código Civil, em especial nos artigos 446 e 463.

<sup>114</sup> Art. 33 Ao Tribunal de Contas, órgão de controle externo, no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, compete, nos termos do disposto nos artigos 70 a 72 da Constituição do Estado e na forma estabelecida nesta Lei, o seguinte:

[...]

VII – aplicar multas e determinar ressarcimentos ao erário, em caso de irregularidades ou ilegalidades;

[...]

<sup>115</sup> Artigo 7º - Competem ao Tribunal de Contas as seguintes atribuições:

- I - exercer, com a Assembléia Legislativa, na forma da Constituição, o controle externo das contas dos Poderes do Estado e, com as Câmaras de Vereadores, o mesmo controle na área municipal;
- II - emitir Parecer Prévio sobre as contas do Governador e dos Prefeitos Municipais;
- III – realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional, patrimonial e de gestão ambiental, acompanhando a execução de programas de trabalho e avaliando a eficiência e eficácia dos sistemas de controle interno dos órgãos e entidades fiscalizados;

[...]

Desse modo, ainda que a Constituição Federal, nos termos do art. 31 e §1.º, assente os Tribunais de Contas apenas como órgãos auxiliares das Câmaras Municipais, no controle externo das contas do Poder Executivo, as normas infraconstitucionais têm exacerbado a sua atuação, pelo que julgam as contas, procedimentos e até aplicam multas e determinam o ressarcimento ao erário, impondo comandos mandamentais aos gestores públicos.

A preocupação resta identificada na possibilidade desse Tribunal “realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional, patrimonial e de gestão ambiental”, conforme destacado acima, para o qual, a gestão ambiental depende muito mais de que mera “auditoria”. Os diversos aspectos abordados demonstram que o próprio Judiciário tem sentido certa dificuldade nas ações de cunho ambiental que lhe são postas, o que se faz presumir, que maior ainda será a dificuldade da Corte de Contas em sindicat e dar um parecer acerca de determinada ação ambiental adotada em um município.

Para Miguel Seabra Fagundes, os Tribunais de Contas, quando julgam as contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou valores públicos:

[...] implica em investí-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra *juízo*, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-los.<sup>116</sup>

Embasado na Lei Orgânica de sua criação, o TCE excede suas prerrogativas. Conforme lecionava Hely Lopes Meirelles:

[...] as Leis Orgânicas ou as Cartas Próprias constituem regulamento das disposições constitucionais relativas aos Municípios, razão pela qual não podem criar direitos, nem conceder poderes, nem restringir prerrogativas contra o texto das Constituições Federal e Estadual. Seu conteúdo é meramente discriminativo das atribuições e de modo de as exercer.”<sup>117</sup>

Observa-se a competência que o Tribunal de Contas se agregou quando da normatização de seus afazeres. E mais, ao invés de atender ao disposto na Constituição da República e limitar-se como órgãos auxiliares dos Poderes Legislativos Municipais, esses sim, legitimados ao controle das contas pelo sufrágio universal que elege seus membros, o TCE, por suas prerrogativas se permite, muito mais do que auxiliar, literalmente “dizer” seu

---

<sup>116</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª. Edição, atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 170.

<sup>117</sup> *In* Direito Municipal Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, pág. 61.

entendimento e reprovar a atuação dos gestores públicos e ainda lhes imputar sanções de ordem pecuniária<sup>118</sup>.

Sem contar ainda que a atuação desse Tribunal ainda conta com a chancela do “Ministério Público de Contas”, para o qual a definição prevista na Lei Orgânica é “Ministério Público Especial”.

A celeuma que se apresenta para análise se dá no fato de que o gestor público promove a idealização de políticas públicas, através de sua previsão nos orçamentos. Algumas delas são inclusive plataformas de eleição daquele candidato que, uma vez no poder, trata de implementá-las de forma legal, atendendo aos pressupostos de sua constituição, dentre os quais, legalidade, motivação, eficiência e afins. Todavia, pode o TCE ter entendimento diverso acerca da legalidade ou da eficiência de determinada política pública, ou mesmo, de ação ou omissão do gestor e a ele, julgar suas contas e lhe imputar sanções ou mesmo a devolução ao erário, tudo isso na esfera administrativa do TCE.

Há certo descompasso na avaliação e no julgamento das contas, uma vez que não lhe cabe aplicar sanções ou determinar qualquer tipo de devolução ou ressarcimento, já que ausente a previsão constitucional para essa competência.

A prestação jurisdicional é exercício exclusivo do Estado, através do Poder Judiciário, para o qual o acesso de seus membros é legitimado através de concurso de provas e títulos. Suas promoções para o segundo grau de jurisdição, quer seja do Judiciário ou dos membros do Ministério Público se dá através de antiguidade e merecimento. A exceção é do quinto constitucional, em que os advogados são diretamente nomeados desembargadores, atendidos os pressupostos legais para o acesso.

Desse modo, não se pode aceitar de forma alguma, a aparente “prestação jurisdicional” realizada pelo Tribunal de Contas, já que tal ação não é de sua competência e não possui nem mesmo a previsão constitucional. Aliás, a separação dos poderes<sup>119</sup>, adotada no Brasil, premia a independência e autonomia de cada um dos poderes, entretanto, permite que haja controle

---

<sup>118</sup> Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul:

[...]

## TÍTULO XII

### Das Multas e dos Débitos

Art. 67 As infrações às leis e regulamentos relativos à administração contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial sujeitarão seus autores à multa de valor não superior a 1.500 (um mil e quinhentas) Unidades Fiscais de Referência, independente das sanções disciplinares aplicáveis.

Art. 68 Das decisões das Câmaras e do Tribunal Pleno que imputarem débito e/ou multa, as quais terão eficácia de título executivo, serão intimadas as pessoas de que trata o artigo 34 desta Lei para, no prazo de 30 (trinta) dias, recolherem a importância correspondente, corrigida monetariamente e, no caso de débito, acrescida de juros de mora.

<sup>119</sup> CF/88. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

dos distintos, quando da prática de atos, em que um possa delimitar e fiscalizar a forma de gestão do outro.

Para Sérgio Augustin,

Mas, para que não haja abuso dessa independência e autonomia, existe um sistema de freios e contrapesos, consistente na contínua fiscalização de um poder sobre o outro, sistema esse encontrado em diversos dispositivos da CF, tais como a aprovação das contas do Executivo, pelo Legislativo (art. 48, IX), a indicação dos integrantes do Poder Judiciário Superior pelo Executivo (p. ex.: art. 101, parágrafo único), o Executivo pode vetar lei proposta pelo Legislativo, o Legislativo pode derrubar veto de lei efetivado pelo Executivo.<sup>120</sup>

Discorre ainda que prospera entendimento no sentido de que determinados atos emanados por um poder não se sujeitam ao controle do outro, exemplificando pelos atos políticos e atos discricionários<sup>121</sup>.

Portanto, ainda que se demonstre válida a auditoria e os serviços prestados pelo TCE, lhe falta a legitimidade de seus titulares para impor sanções ou mesmo emitir qualquer parecer ou julgado acerca das ações dos gestores públicos, ou mesmo, qualquer decisão de natureza mandamental que possa fazer cessar a atuação dos agentes públicos e dos agentes políticos, esses escolhidos pelo povo e legitimados na sua atuação.

Não pode aquele que foi eleito pelo voto direto ter limitada a sua atuação no poder, tendo por base a “jurisdição” de um Tribunal de Contas, para o qual a Constituição Federal lhe assentou uma posição de órgão auxiliar do Poder Legislativo. Os membros do TCE, ditos “Conselheiros”, são escolhidos de forma aleatória entre políticos, muitos por vezes em fim de carreira, que buscam, em pouco mais de cinco anos de atuação, o *status* de Desembargador, quer seja quanto aos vencimentos e demais benefícios.

Miguel Seabra Fagundes reconhece certa dificuldade acerca da existência da Corte de Contas como um órgão autônomo:

Afigura-se-nos inexistir, em nosso sistema político, lugar para um órgão que se não filie definitivamente, pela sua maior correlação, a um dos poderes, entre os quais se distribui o exercício das funções do Estado. [...] Ora, ninguém contesta que os departamentos auxiliares integram, formalmente, os órgãos a que auxiliam.<sup>122</sup>

Por ser um órgão auxiliar do Poder Legislativo, conforme previsão da CF/88, sua posição deve residir exatamente nos limites da Carta Magna, em auxílio ao Poder Legislativo, emitindo regularmente parecer para ser submetido à apreciação dos legisladores.

<sup>120</sup> AUGUSTIN, Sérgio. *Discricionabilidade técnica e conceitos indeterminados*. Revista da Faculdade de Direito/UCS. No. 15, Caxias do Sul : Educ. 2006. p. 10.

<sup>121</sup> Para MEIRELLES, atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. Op. cit. p. 164.

<sup>122</sup> Op. cit., p. 170.

Somente o Judiciário, como guardião da Constituição, tem o poder de posicionar o Tribunal de Contas no exato lugar onde a Carta Magna estabeleceu sua forma de atuação, possibilitando assim que os seus Conselheiros exerçam o papel pedagógico de troca de experiências com o Poder Executivo e Legislativo e permitam um crescimento de instituições e Poderes, voltados sempre ao bem estar social. Como cita Fagundes: “deve-se ressaltar que se admite pacificamente a reapreciação das decisões do Tribunal de Contas pelo Poder Judiciário, em reverência ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”.<sup>123</sup>

Assim, tais questões, quer seja pelos excessos praticados por determinadas instituições ou mesmo questões processuais causam óbice na imediata prestação jurisdicional de um bem cujo tempo não é seu aliado. Na degradação ambiental, a irreversibilidade de possível medida proibitiva ou mesmo de determinação para imediata recuperação de área degradada não tem no tempo, ou na morosidade processual, o seu principal aliado.

O Direito como órgão consultivo e a necessidade de se socorrer nas mais diversas ciências para a prestação jurisdicional mais correta, se apresenta como uma nova faceta para a qual a ciência jurídica não encontra a formação necessária.

As diversas ferramentas processuais postas ao cidadão para controle dos atos do gestor público em nome da sustentabilidade ambiental são debatidas sob um novo prisma, qual seja, a de tutelar direitos para os quais não se encontram devidamente identificados seus beneficiários, no menor tempo possível, em nome do risco do perecimento da humanidade frente à finitude dos recursos ambientais.

### **2.3 Os princípios processuais, a interdisciplinaridade e sua aplicação nas ações ambientais**

O Direito Processual, como ciência que é, estabelece-se sobre princípios que o informam, dando-lhe linha e norte diretivo. E tais princípios que se estabeleceram ao longo da construção histórica dessa ciência, revestem a feição desse ramo do Direito.

Os ramos do Direito nascem num berço comum e assim, os princípios processuais também foram comuns, num primeiro momento da história. Nessa linha, Vicente Greco Filho ensina que:

Na fase primitiva do direito dos povos, os atos ilícitos não recebiam qualificação específica civil ou penal e eram corrigidos ou reprimidos idênticamente. Assim, no direito romano antigo

---

<sup>123</sup> Op. cit., p. 171.

o termo 'iniúria' representava qualquer conduta contra o direito, sem preocupação de se separar a violação civil ou penal. Por consequência, o direito processual acompanhava essa indefinição, se é que se pode dizer que existisse um direito processual, cuja autonomia somente muito mais tarde foi reconhecida. O Processo, portanto, era um só.<sup>124</sup>

Reconhece o processualista que, posteriormente, a separação do direito material em ramos distintos, com princípios próprios, também determinou a separação do processo.

A clara separação entre o Direito Material e o Direito Processual foi alcançada posteriormente. Discorrendo sobre as distinções entre a relação jurídica de direito material e a relação jurídica processual, Ovídio A. Baptista da Silva observa:

É importante observar, por outro lado, que a relação jurídica que se forma entre aquele que exige do Estado a prestação da tutela jurisdicional, e o próprio Estado, na pessoa do juiz a que dá origem à formação do processo, é uma relação jurídica peculiar, bem diversa da relação que vincula, no campo do direito material, por exemplo, o credor e o devedor. E, não obstante, os antigos processualistas, em verdade todos os juristas brasileiros do século XIX, consideravam - por influência do direito privado romano - a relação processual como um "quase contrato" que se formava entre o autor e réu.<sup>125</sup>

Vai mais longe o processualista, quando remete a observação para a situação inversa, isto é, para a perfeita distinção que modernamente se faz entre a relação de direito material e aquela de direito processual, que se pode formar entre os titulares daquele primeiro direito. Reconhece a superação da idéia de existência do "quase contrato", ao mencionar:

Esta concepção está hoje definitivamente abandonada pelos processualistas que procuram mostrar, justamente, como a relação processual é um vínculo de direito público, que subordina os litigantes ao processo e à sentença de um modo muito especial e diverso daquele existente entre um credor e um devedor, numa relação obrigacional de direito privado.<sup>126</sup>

De qualquer maneira, essa relação de direito processual que se forma tem como fim a tutela do direito material. É para proteger o bem tutelado no ordenamento material que se justifica o estabelecimento da relação processual.

Assim, o direito processual civil - que serve de instrumento à tutela do direito material civil - afeiçoou-se a essa proteção. E nem poderia ser diferente. Se o direito processual é instrumento de concretização do direito material ou instrumento público de concretização da justiça, muito lógico é que o processo esteja adaptado ao direito que se pretende tutelar.

Essa intimidade entre o direito material e o direito processual, aliás, deve ser perseguida. É evidente que, a partir de um instrumento apropriado, maiores são as possibilidades de alcance do fim perseguido. Com um processo adequado ao bem que se procura tutelar melhores são as perspectivas de êxito na prestação da tutela.

<sup>124</sup>GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 1986. p. 3.

<sup>125</sup>SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1996. p. 11.

<sup>126</sup>Idem.

Essa idéia é sufragada por Cândido Dinamarco, que afirma:

No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as “ondas” renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir.<sup>127</sup>

A assertiva de que a intimidade entre o direito processual e o direito material opera no rumo da efetividade processual pode ser corroborada com a observação, por exemplo, das demandas destinadas à proteção da posse e propriedade. O Código de Processo Civil está bem adequado às demandas individuais de proteção possessória. E quando o esbulho de determinada área é praticado por um indivíduo, o processo é célere e eficaz. O mesmo não se pode dizer, todavia, dos casos em que o esbulho é praticado a partir de atos de uma coletividade, como nas sucessivas ocupações de terra que se observam no país.

Para esses conflitos de direito material o processo não está adequado e, via de regra, buscam-se soluções em áreas diversas, inclusive na esfera política, porque se percebe que a solução jurídica que o processo apresenta está muito distante da natureza do conflito que se coloca.

Demonstrando essa preocupação, Barbosa Moreira explica que:

[...] a percepção da existência de conflitos envolvendo interesses difusos tem não somente gerado o nascimento de novos ramos da ciência jurídica, mas também exigido um esforço de adaptação das regras e institutos dos ramos tradicionais, concebidos em outro ambiente cultural, onde o direito era visto como instrumento de pacificação de litígios entre indivíduos isolados.<sup>128</sup>

A afirmação do acesso à justiça exige, pois, um processo sensível aos reclamos e exigências que a atualidade faz. Aliás, nesse novo milênio, o Direito torna-se o modo de apaziguar o sofrimento do indivíduo do Século XXI, que reclama por justiça numa democracia desencantada, que ao mesmo tempo afasta os indivíduos uns dos outros ao desqualificar a autoridade tradicional e apresenta-se como a autoridade paliativa desta ausência para a qual ela contribuiu. A propósito dessa tendência moderna, em que a cidadania cede espaço para a individualidade, Bauman afirma que:

Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo o mais do discurso público.<sup>129</sup>

<sup>127</sup>DINARMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros. 1994. p. 33.

<sup>128</sup>MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Os Direitos Difusos nas Grandes Concentrações Demográficas*. Revista de Processo nº 70. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr/jun 1993. p. 148.

<sup>129</sup>BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001. p. 46.

Embora tal constatação, é preciso manter acesa a chama de sobrevivência dos espaços sociais, dando-se possibilidades de desenvolvimento dos ideais comunitários. Nessa linha, definindo o papel da justiça e dos juizes na recuperação e sustentação das instituições democráticas, Garapon afirma que “a justiça faz parar a lógica auto-destrutiva do individualismo para transformar o indivíduo num sujeito de direito”<sup>130</sup>.

Por “sujeito de direito”, compreende esse autor “uma pessoa autônoma e habilitada a definir seus interesses, que é ser simultaneamente titular de direitos e obrigações”. Esse sujeito de direito constitui condição e finalidade da democracia, devendo ser preservado.

Também reconhecendo que no atual contexto o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, Luiz Werneck Vianna chega a afirmar que esse Poder pode promover a agregação do tecido social e inclusive para a “agregação da cidadania”.<sup>131</sup>

Nesse aspecto, o tópico anterior tratou de demonstrar a transindividualidade do direito ambiental, muito mais do que um direito coletivo, um direito difuso da humanidade e repleto de peculiaridades em face do risco de perecimento da vida no planeta.

A busca da efetividade processual, bem como, a tramitação do processo em um prazo razoável é medida imperativa para garantia da preservação dos bens ambientais existentes. A morosidade na tramitação pode permitir que a degradação ambiental de um empreendimento alcance condições que sejam impossíveis de reverter, consolidando a prática da degradação sob o manto judicial, que não foi rápido o suficiente para dirimir o conflito que lhe foi apresentado.

Assim, se espera que o processo que tutela o bem ambiental seja um instrumento eficaz e ágil, em face da peculiaridade do bem a ser tutelado, guardando simetria com os propósitos constitucionais que buscam garantir um meio ambiente saudável para as atuais e futuras gerações. Veja-se que para Édis Milaré se dá de forma desproporcional as agressões ao ambiente em relação à normatização até então constituída, em que “o Direito Positivo veio de olhos semiabertos e com passos de tartaruga no encalço de Aquiles. Ou seja, num descompasso desconcertante. A sobrevivência exige uma corrida ciclópica atrás do tempo perdido”.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> GARAPON, Antonie. *O Guardador de Promessas*. Trad.: Francisco Aragão. Lisboa: Piaget. 1996, p. 199.

<sup>131</sup> VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 1999, p. 22

<sup>132</sup> MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública por Dano ao Ambiente*. In *Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 – 15 anos*. Coord. Édis Milaré. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 143.

Nessa lógica dos princípios processuais, parte deles estão elencados no artigo 5º. da Constituição Federal. O inciso LIV refere-se ao devido processo legal, aparentemente possível de se considerar um sobreprincípio, mormente sua condição de delimitar a atuação estatal e a conceder a garantia de permanência do Estado Democrático de Direito.

Ensina Cândido Rangel Dinamarco que “[...] é sobretudo nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Lei Maior a plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo”.<sup>133</sup>

O princípio do devido processo legal, como ensina a doutrina, tem consubstanciado em seu teor outros importantes princípios, como o da ampla defesa e contraditório, da licitude das provas, do juiz natural, imparcialidade e até mesmo a igualdade, ordenando assim a forma de condução do processo e legitimando o Estado a fazê-lo, já que a este cabe a atividade jurisdicional.

O mesmo autor faz importante referência ao princípio do devido processo legal:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas ao interesse das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.<sup>134</sup>

Diz ainda que “há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida”, demonstrando assim que o processo judicial também guarda uma “função social” a ser cumprida quando da prestação jurisdicional.

Essa garantia constitucional do processo justo ou mesmo, de que os conflitos serão dirimidos através de mecanismos previamente estabelecidos em lei, nasceu das aspirações democráticas e do estabelecimento dos direitos fundamentais do homem ao longo das gerações, garantido-lhe um processo de atos previsíveis e ordenados.

Como referiu o autor, o processo deve traduzir os anseios sociais e apropriado à relação que busca dirimir. No caso das ações ambientais, a leitura do princípio não pode se dar de forma legalista e estanque, já que há risco de se transformar em um entrave burocrático nas demandas propostas pela sociedade.

---

<sup>133</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Princípios Gerais do Direito Processual*. In CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 57.

<sup>134</sup> Op. cit., p. 88.

Portanto, aplicável também nas demandas de ordem ambiental, sua observância deverá se dar sob o prisma da coletividade e com base no social, já que de ordem difusa os direitos tutelados.

Decorre do devido processo legal o princípio do contraditório ou mesmo, a possibilidade de ampla e plena defesa, tanto na esfera judicial quanto na administrativa. Sua previsão se dá no inciso LV do artigo 5º. da Constituição Federal. Qualquer medida contrária à previsão da ampla defesa não se sustenta por latente inconstitucionalidade, já que a possibilidade de defesa é inerente à noção de processo.

Para Candido Rangel Dinamarco, para sua aplicação “é necessário que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório”.<sup>135</sup>

Para Ovídio Araújo Baptista da Silva, o princípio da ampla defesa e do contraditório decorre do próprio princípio do devido processo legal. Menciona o autor que:

O princípio do contraditório, ou a audiência bilateral, dá expressão a um princípio de natureza constitucional no direito brasileiro, que é o direito de defesa, ou direito ao devido processo legal, consubstanciado no art. 153, parágrafo 4º., da Constituição Federal.<sup>136</sup>

Entretanto, nas ações de natureza ambiental, a aplicação desse princípio deve se adaptar à realidade social existente e aos interesses da coletividade, abrandando a sua aplicação sem causar-lhe desprezo, desde que se revele a iminente e necessária proteção ao meio ambiente. Seria o caso, pois, do deferimento de liminares sem oitiva da parte contrária, o que não afasta o dito princípio, já que a parte será oportunamente ouvida, numa espécie de releitura do princípio em face do reclame ambiental.

Mesma opinião é a de Dinamarco, ao mencionar que:

O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar o periculum in mora, prove inaudita altera parte (CPC, arts., 929, 932, 937, 813 ss.), o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.<sup>137</sup>

Aliás, em se tratando de Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandado de Segurança, estando neles presentes os pressupostos autorizadores da concessão de medida liminar, o juiz fica adstrito ao seu deferimento, não havendo discricionariedade em sua concessão.

Em que pese o deferimento de liminares não ser regra no processo civil, parece que, em se tratando de ações de defesa ambiental, sua concessão se demonstra salutar, já que a dúvida que permeia eventual litígio, uma vez confirmada, pode tornar impossível qualquer

---

<sup>135</sup> Op. cit., p. 62.

<sup>136</sup> Op. cit., p. 55.

<sup>137</sup> Op. cit., p. 63.

medida mitigatória ou reparadora do dano causado, tornando ineficaz inclusive a atividade jurisdicional.

Outro princípio elencado na norma constitucional e de grande valia nas ações de natureza ambiental diz respeito ao princípio da isonomia, mencionado no *caput* do artigo quinto, também disperso nos diversos códigos processuais pátrios.<sup>138</sup>

Trata-se de garantir aos litigantes a igualdade de tratamento, estendendo-a inclusive aos seus advogados, em se tratando de demandas judiciais. Na verdade, está implícito nesse princípio a idéia de tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os que são desiguais.

Nas ações de cunho ambiental, por várias vezes se exterioriza em pólos distintos da demanda, atores cuja capacidade econômica em muito diverge. De um lado, como autor, uma simples Organização Não-Governamental – ONG ou mesmo uma associação de moradores, enquanto que, no pólo passivo, poderá figurar um grande conglomerado econômico, uma empresa multinacional ou mesmo grupo de empreendedores voltados à realização de investimentos em áreas para as quais entendem os autores a necessidade de sua preservação.

Essa desproporção de forças econômicas merece tratamento adequado e diferenciado, se fazendo assim uma nova leitura do aludido princípio, de forma a garantir a igualdade substancial, já que a igualdade formal entre as partes resta a muito superada. Para Rogério Lauria Tucci, diz que “Quando cuidou de estabelecer distinção entre membros da comunhão social, fê-lo o legislador tendo em vista, como de mister, a desigualdade das respectivas situações”.<sup>139</sup>

Ensina Dinamarco que:

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em *paridade de armas*, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades.<sup>140</sup>

Novos diplomas infraconstitucionais erigidos após a edição da Constituição Brasileira adotaram a releitura da isonomia, garantindo atendimento diferenciado aos idosos e até aos consumidores, esse à luz do Código de Defesa do Consumidor. Nas demandas ambientais a aplicação do princípio da igualdade ou isonomia, nesse mesmo viés de interpretação das normas citadas, é medida imperativa e salutar para uma prestação jurisdicional adequada.

<sup>138</sup> Art. 125, inciso I do Código de Processo Civil.

<sup>139</sup> TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 42.

<sup>140</sup> Op. cit., p. 60.

Também merece guarida a análise do Princípio da Tutela Estatal e Coletiva, cuja leitura textual do artigo 225 da Constituição Federal estabelece a obrigação do Poder Público e da coletividade no sentido de tutelar a preservação e a defesa do meio ambiente. Nesse sentido, ensina Barros que:

A tutela estatal é exercida através dos poderes de polícia e disciplinar, que são poderes imanentes ao agir da Administração Pública e que, por isso mesmo, têm como um de seus atributos poder ser auto-executável. [...] Quanto à tutela coletiva ou da própria sociedade sobre o meio ambiente, ela será possível através das ações judiciais de controle, como são a ação civil pública e a ação popular.<sup>141</sup>

Para a tutela estatal de cunho ambiental, faz referência o autor no sentido de que, quando aplicada “[...] deve ser temperada pelo respeito ao princípio do devido processo legal e, no seu desenvolvimento, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da motivação, do recurso, dentre outros”.<sup>142</sup>

Desse modo, a abordagem de tais princípios, anteriormente realizada, demonstram sua importância para a tramitação dos processos nas esferas administrativas e judiciais. O meio ambiente exige uma resposta rápida do ente estatal, de modo que a condução desastrosa de processos sem a observância dos princípios pode beneficiar aqueles que buscam degradar a natureza, já que a revisão do feito ou a declaração de sua nulidade, além de morosa, implica em escusá-los do cumprimento legal, sob o aspecto de que suas pretensões figuram sob juízo.

O Direito Ambiental adquiriu considerável autonomia nas últimas décadas, especialmente pela grande quantidade de informações disponibilizadas na mídia, na educação das novas gerações e também no embate de organizações não governamentais frente aos interesses da sociedade. Para tanto, Barros que “[...] esse direito adquiriu autonomia através da introjeção de institutos de vários outros direitos, como o direito constitucional, administrativo, agrário, penal, processual civil, penal e administrativo”.<sup>143</sup>

Um julgador, um legislador ou mesmo um jurista precisam ouvir dos sociólogos, cientistas, médicos e outros representantes dos mais diversos meios científicos, pareceres e entendimentos acerca de determinados temas voltados ao meio ambiente. Faz-se assim, uma aparente “abertura” do Direito, seguindo o ensinamento de Kelsen de que se “o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar essas normas”.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Op. cit., p. 64-65.

<sup>142</sup> Op. cit., p. 64.

<sup>143</sup> Op. cit., p. 72.

<sup>144</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6ª. Edição. São Paulo: M. Fontes, 1998, p. 387.

Esse é o prisma em que se visualiza um modelo efetivo de aplicação do Direito, especificamente no ramo ambiental: a necessidade de se interagir com outras ciências em busca de uma decisão mais acertada e que seus efeitos alcancem de forma benéfica um maior número de pessoas. Para Rocha e Simioni a idéia é transformar “o desconhecimento ecológico em comunicação da sabedoria de que se é ignorante nesse campo e assim, produzir advertências e exigir precauções”.<sup>145</sup>

Através da abertura dessa ciência, cujo propósito é o de obter os conceitos advindos de outras áreas de conhecimento, ciências como a geologia, engenharias, algumas áreas da saúde e afins, todas voltadas para o que talvez seja a maior preocupação da humanidade nessa pós-modernidade: a finitude dos recursos ambientais. Além de leis e princípios, o Direito Ambiental se vê transitando por teorias que lhe são estranhas, mas que, para decisão de determinada demanda, conhecê-las é medida imperativa para uma prestação jurisdicional mais acertada.

Nesse aspecto, novas teorias vão surgindo na medida em que as ciências exatas e sociais evoluem. De tais teorias decorrem liames que são levados ao judiciário para definição de conceitos éticos e suas possíveis aplicabilidades. Causa estranheza aos operadores jurídicos, já que se torna o Direito uma ciência consultiva, cabendo aos magistrados decidir temas que escapam à alçada de sua formação jurídica, como por exemplo, bioética, transgenia e afins.

Aliás, esses magistrados, no exercício de seu mister, têm chamado para si uma considerável responsabilidade na decisão de cunho ambiental a ser tomada. Para Nalini, surge um novo questionamento: “Poderá o juiz salvar o ambiente?”, já que “são grupos a demandar outros grupos, ambos igualmente bem munidos de razoáveis argumentos”.<sup>146</sup> Ensina o magistrado, que atua como desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que:

Houve significativo avanço jurisprudencial na relativização de alguns conceitos dogmáticos, quais a tríplice blindagem fundante – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Têm sido freqüentes as decisões em que se reafirma a inexistência de direito adquirido a poluir, ato jurídico perfeito exercitável contra a natureza, coisa julgada à luz de uma outra ordem constitucional e hoje superável, pois adversa à proteção ambiental.<sup>147</sup>

Conclui assim que:

---

<sup>145</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto e ROCHA, Leonel Severo. *A forma dos conflitos ecológicos na perspectiva de Niklas Luhmann. In Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Org. Agostinho O. K. Pereira e Cleide Calgare. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008. p. 69.

<sup>146</sup> NALINI, José Renato. *Juizes doutrinadores: doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Campinas, SP: Millenium Editora, 2008, p. 70.

<sup>147</sup> Idem.

A esperança de todos é a de que posturas corajosas, aparentemente não dogmáticas, venham a ser reconhecidas como respostas urgentes, necessárias e adequadas a graves questões ambientais, cada vez mais complexas, de compreensão pluralista e sem perspectivas de consenso. Nutre-se a exata consciência de que o estágio atual de comprometimento do ambiente não pode perdurar. Se isso ocorrer, as conseqüências virão muito mais rápidas e muito mais traumáticas do que se possa imaginar.<sup>148</sup>

Um exemplo notável acerca dessa abertura do Direito se dá pela Autopoiese. Ela possibilita a visão de certos fenômenos sistêmicos, como o da autolimitação e da unidade do sistema, bem como, de sua proximidade com os outros sistemas, trazendo poucos elementos novos que permitam dar-lhe funcionalidade, ainda que se demonstre em um nível de abstração mais isolado.

No final do século passado, dois renomados biólogos chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela, revolucionam as Ciências Biológicas com a chamada Teoria Autopoietica, cujo significado da palavra *autopoiesis* vem do grego *auto* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção, poesia). Seu propósito foi de buscar a resposta para um problema histórico existente na ciência e na filosofia: o da vida. Em síntese, avaliando um sistema vivo, verificaram que ele apresenta uma auto-organização e uma auto-produção dos elementos que o constituem, o que lhe permite certa autonomia, sem necessidade de agir com outros sistemas. Com base na diferenciação, por exemplo, pelo paradoxo, existir/não existir, esse sistema não permite o acesso de uma terceira opção.

O uso dessa teoria e sua adaptação se deram pelas mãos de Niklas Luhmann, adequando-a aos fenômenos sociais e seus efeitos. Seu propósito foi o de recorrer à Teoria Geral dos Sistemas para pensar as ocorrências existentes na modernidade, se comunicando assim com as outras ciências. Para Jean Clam:

A autopoiese é um conceito que, como indicado, foi elaborado no quadro de uma proximidade sistêmica pelos biólogos na tentativa de explicar a organização do vivo. Eles não pensavam em introduzi-la fora da autocriação de seres organizados. (2005, p. 102).

Como bem assevera Leonel Severo Rocha, embora o ponto de partida de Luhmann tenha sido a teoria parsoniana, houve, na segunda fase de seu pensamento, um redirecionamento, “acentuando a sistematicidade do Direito como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo com o funcionalismo parsoniano”.<sup>149</sup>

Os valores do código binário, existentes na teoria das codificações, não se aplicam diretamente aos fatos tratados pelo Direito. Há necessidade de um programa que defina o que

<sup>148</sup> Op. cit, p. 71.

<sup>149</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 100.

pode ser considerado Direito ou não-Direito. Fixando o código, pode-se trabalhar a variação dos programas, o que os torna complementares.

Para tanto, o código binário envolve as duas possibilidades. A esse teor, a idéia de auto-referência de Luhmann:

Il concetto di autoreferenza indica il fatto che esistono sistemi i quali si riferiscono a se stessi mediante ogni loro operazione [v. operazione/osservazione]. Si tratta di sistemi (organici, psichici e sociali) che possono osservare la realtà solo attraverso l'autocontatto [v. sistema/ambiente]. Si ha autoreferenza quando l'operazione di osservazione è inclusa in ciò che viene indicato, quando cioè essa indica qualcosa al quale appartiene. Un sistema sociale, ad esempio, può produrre solo comunicazione ed è in grado di considerare la realtà solo comunicando; l'autoreferenza è implicita in ogni comunicazione nella forma di emissione [v. comunicazione]. Allo stesso modo una coscienza può solo pensare e la realtà diventa rilevante solo come oggetto di riferimento dei pensieri.<sup>150</sup>

Como assevera Luhmann em sua teoria, os sistemas são dependentes uns dos outros, mas ao mesmo tempo se auto-reproduzem, gerando coerência interna. Na esteira da contribuição da compreensão sistêmica no combate à exclusão, tem-se que os movimentos que empunham a não-discriminação, firmando a idéia de movimentos de protesto protagonizada por Luhmann, devem manter a organização interna no sentido de assegurar uma pauta de reivindicações coerente, com coesão entre os participantes.

Entretanto, o sistema interage com outros sistemas existentes no ambiente de forma a acoplar-se, tendo por base suas próprias interações internas, abrindo-se para conhecer as novas estruturas sem prejudicar sua operatividade que permanece fechada. Assim, a teoria sistêmica é uma teoria universalista, tautológica. Parte do pressuposto que a análise da sociedade só tem lugar na sociedade, já que não existe nada de social fora da sociedade, rompendo assim com vários paradigmas sociológicos existentes.

Tratando das crises do normativismo, na obra *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*, Rocha explicita que:

[...] uma das respostas à crise do normativismo é uma teoria hermenêutica que coloca a importância de compreender o Direito além da norma, com uma participação maior dos operadores do Direito e dos intérpretes não-oficiais, dos intérpretes que fazem parte da sociedade.<sup>151</sup>

Trazidas tais considerações, a Teoria Autopoiética fornece um instrumental de valor mediante a observação da prática jurídica para que o sistema jurídico mantenha sua operacionalidade e funcionalidade específica, ante uma sociedade extremamente complexa e mutável como a que vivemos.

<sup>150</sup> BARALDI, Cláudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Luhmann in Glossário. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. 2ª. ed. Milano: Franco Angeli, 1997, p. 57.

<sup>151</sup> ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.

É de Luhmann e Giorgi a definição:

Oggetto delle nostre ricerche è il sistema sociale della società moderna. Intendiamo realizzare un progetto che incontra numerose difficoltà. La prima è costituita dal progetto stesso, il quale attualizza un rapporto circolare con il suo oggetto: un oggetto che non ha referenze univoche. Anzi, non è neppure stabilito di quale oggetto si tratti. Al termine <<società>>, infatti, non si associa una rappresentazione univoca, e neppure il termine <<sociale>> presenta referenze <<oggettive>>. <sup>152</sup>

A lógica desenvolvida pela Teoria dos Sistemas permite ver como toda observação, apenas reproduz o que é observado, todavia, aquele que observa é incapaz de observar a ele próprio. Assim, quanto mais observa e apreende o conhecimento, maior desconhecimento gera, aumentando assim a complexidade, no sentido de que sempre passam a existir mais possibilidades. Para tanto, “a sociedade contemporânea não é o resultado de uma construção racional, mas o resultado de si mesma”. <sup>153</sup>

Com propósito meramente ilustrativo, a definição de forma proposta por Luhmann:

Quando si effettua una distinzione, si indica una parte della forma; com essa però è data allo stesso tempo l'altra parte: è data cioè contemporaneità e differenza temporale. Indicare è insieme: distinguere, così come: distinguere è insieme: indicare. Ogni parte della forma, allora, è l'altra parte dell'altra parte. Nessuna parte è qualcosa per se stessa. La si attualizza solo per il fatto che si indica quella parte e non l'altra. In questo senso forma à autoreferenza svolta; più precisamente è autoreferenza svolta nel tempo. E infatti, per attraversare il confine che costituisce la forma si deve sempre partire, rispettivamente, dalla parte che si è indicata e si ha bisogno di tempo per effettuare una ulteriore operazione. <sup>154</sup>

Não busca a Teoria Autopoiética resolver todas as crises postas ao Direito e sim, construir novos resultados sobre temas que ainda estão por vir. Ao demonstrar como o sistema jurídico se comporta internamente e quais suas relações com o interior, se verifica que é a legislação o ponto de contato com o meio exterior, na medida em que os Tribunais se encontram ao centro do sistema jurídico, aplicando as decisões de forma interpretativa aos fatos que lhe são apresentados.

Como ensina Jean Clam, “os tribunais são o coração do encerramento operativo do sistema jurídico”. Prossegue lecionando que “a autopoiese faz da dimensão operativa e de sua continuidade recursiva a própria base da produção e da reprodução sistêmica”. <sup>155</sup>

Em verdade, por um equívoco de natureza histórica, toda a sociedade espera que o Direito resolva, por qualquer comando que seja, os problemas de natureza ambiental e social. A sociedade espera que uma lei contrabalance degradação e preservação em uma equação denominada sustentabilidade. Os mecanismos existentes sejam de natureza constitucional ou

<sup>152</sup> LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. Teoria della società. Milano: Franco Angeli, 1996, p. 09.

<sup>153</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Democracia, Estado e Direito na Sociedade Contemporânea*. Tradução de Juliana N. Magalhães. In: Cadernos do legislativo, nº.4. Belo Horizonte, 1995, p. 23.

<sup>154</sup> LUHMANN, DE GIORGI, op. cit., p. 17

<sup>155</sup> ROCHA, SCHWARTZ e CLAM. Op. cit., p. 135.

infraconstitucional, não têm se demonstrado hábeis para atender ao contraponto que se apresenta: conter a degradação sem prejudicar o desenvolvimento humano e social.

Isso sem mencionar a bioética. Se tutelar direitos ambientais, cujas árvores ou animais, hipoteticamente mencionando, não têm voz ativa na sociedade, tratar de direitos voltados à vida, com os atores disponibilizando seus propósitos nos meios de comunicação existentes, torna ainda mais penosa a vida do julgador, ou mesmo, em segundo momento, a do jurista.

Sensível à necessidade de preservação ambiental, o ordenamento pátrio registra expressiva legislação ambiental, dispondo e regulando em grande parte o trato dessa questão. No entanto, não raramente essa proteção ambiental encontra obstáculos para sua efetiva concretização. E tais obstáculos representam-se, também, pela falta de adequada tutela jurisdicional. O Direito “começa a ficar defasado em relação a uma série de questões importantes da sociedade, em relação a problemas políticos decisivos e, principalmente, defasado quanto àquilo que chamamos de novos Direitos”.<sup>156</sup>

Daí decorre a assertiva de que há necessidade de se estabelecer um novo modelo de aplicação jurídica das normas, em especial às que tutelam o meio ambiente. O preço a ser pago por uma decisão incorreta ou demasiadamente morosa pode ser irreversível. Os tribunais não são senhores de si, ou ainda, senhores do Direito. É chegada a hora de se operacionalizar as decisões, trazendo para instrução processual diversos segmentos da sociedade, ouvindo-se doutores e estudiosos das mais diversas áreas, sejam das ciências humanas, naturais ou exatas.

Como afirmam Luhmann e De Giorgi:

*Sembra naturale rinviare alla immensa complessità della società e alla mancanza di una metodologia che si possa utilizzare per trattare i sistemi altamente complessi e differenziati: una metodologia capace di trattare la cosiddetta complessità organizzata.*<sup>157</sup>

Num sistema tão repleto de informações como o que se está modernamente inserido, a Teoria Autopoietica auxilia na manutenção da operacionalidade e funcionalidade da atividade estatal de “dizer o direito”, notadamente quando utilizada como ferramenta para construção de respostas cujo modelo de Racionalidade até então existente, não mais comporta.

Assim, laborar com o Direito que atua de forma operativamente fechado e cognitivamente aberto ao mesmo tempo, permite interagir com os subsistemas existentes, possibilitando, através de uma forma suficientemente organizada, observar os acontecimentos e deles extrair a construção de novas respostas. No atual contexto, seguindo Luhmann, a sociedade não pode se organizar senão pela autopoiese.

---

<sup>156</sup> Idem p. 15.

<sup>157</sup> Op. cit., p. 13.

Portanto, a preocupação na garantia de direitos, não só ambientais e de cunho social, decorre do emaranhado de questões apresentadas, que vão desde os interesses escusos dos aplicadores até a ausência de normas para garantia da tutela dos direitos que se pretende proteger. Embora o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não se encontra disposto no artigo quinto da Constituição, sabe-se que o mesmo a ele pertence, já que a doutrina assim o reconhece.

O formalismo da dogmática jurídica existente ainda não permite uma interação dinâmica e eficaz na manutenção e garantia dos direitos humanos fundamentais, demonstrando-se em certos casos, capaz de negar o acesso de seus jurisdicionados por questões de legitimidade e atuação processual, tema que será alcançado no próximo tópico.

Na Carta de São Paulo – 2003, durante o 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, no que se refere ao papel do Judiciário e o Processo Civil Ambiental, a conclusão tomada é a de que “o processo judicial deve ser célere, eficiente, evitando-se o formalismo e acentuando-se o poder de decisão do juiz”. Por isso é que se demonstra histórica a busca por um sistema processual efetivo, cuja aplicação esbarra em conceitos históricos e formalidades em sua maioria desnecessárias.

Torna-se delicado ao jurista definir o que deva ser um processo eficiente, já que de difícil conceituação o princípio da eficiência, inserido pela Emenda Constitucional número 19/98. Entretanto, o que se espera de um mínimo de eficiência, tanto do gestor público quanto da administração judiciária, são resultados positivos contabilizados em sua administração, não só apenas financeiros, mas sim, que abarquem de forma satisfatória as necessidades da população, tratando a máquina pública como se fosse uma empresa privada, dela extraíndo e obtendo resultados satisfatórios, muito mais eficientemente técnicos do que viavelmente políticos.

Alexandre de Moraes<sup>158</sup> explica que o princípio da eficiência já está inserido nos textos constitucionais da Espanha desde 1978, República das Filipinas desde 1986, e Portugal, ainda que não o denomine dessa forma, consagra no art. 267 que “a administração pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva”.

Na lição de Meirelles,

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exigida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, já que não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos

---

<sup>158</sup> Op. cit. p. 319.

para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.<sup>159</sup>

Essa realidade, inserida pela carta constitucional tem demonstrado notável modificação na forma de atuação do ente público, removendo a imagem que maculava as instituições públicas, cujos servidores, cobertos pelo manto da estabilidade, literalmente jogavam-se “às moscas”, pouco se importando com aquele que necessitava dos serviços públicos. O que se observa, por força de lei, são órgãos internos de controle, avaliação e treinamento de servidores atuantes na administração pública, bem como a implantação e busca de sistemas de qualidade total, avaliação de atendimento e outras formas de obter do cidadão, por sua manifestação, a sua opinião e sugestão acerca dos serviços que lhe são disponibilizados.

No que parece hoje, o servidor público, independentemente do cargo que ocupa, parece estar ciente que sua atuação na grandiosa máquina administrativa é um dever e não uma faculdade, de modo que a condução dos trabalhos deve sempre ser eficiente. Em se tratando de direito ambiental, a demora pode tornar irreparável qualquer medida coercitiva com vistas à preservação do bem ambiental.

Para Moraes, “o administrador público precisa ser *eficiente*, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade”.<sup>160</sup>

Conclui José Rogério Cruz e Tucci, acerca da atuação estatal, que o Estado:

Não se dispõe a prestar qualquer contribuição material para imprimir maior celeridade procedimental com o escopo de minimizar o espaço temporal entre o início do processo e a satisfação do direito lesado”.<sup>161</sup>

Os princípios afetos ao Direito Ambiental não cessam sua delimitação nessa abordagem, na medida em que surgem novos embates entre crescimento econômico, social e a sustentabilidade, para os quais o direito tem o dever de decidir com a mais acertada decisão, onde se demonstra “[...] inegável que há interrelação entre Direito e os outros sistemas (ou subsistemas).<sup>162</sup> Desse modo:

O sistema jurídico somente pode ser concebido como tal se abstratamente for reconhecida sua plenitude, unidade e coerência. Eventual lacuna há de ser suprida dentro do próprio Direito,

---

<sup>159</sup> Op. cit., p. 94.

<sup>160</sup> MORAES. Op. cit., p. 319.

<sup>161</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e TUCCI, Rogério Lauria. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 102.

<sup>162</sup> VIEGAS, Eduardo Coral. *Gestão da água e princípios ambientais*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008, p. 108.

segundo seu regramento técnico. O que não pode é o juiz deixar de decidir uma dada controvérsia sob a alegação de falha do sistema – princípio do *non liquet*.<sup>163</sup>

Outros princípios que não são de natureza processual, mas permeiam as demandas voltadas a esse fim, são os princípios da prevenção, precaução, poluidor-pagador e usuário-pagador.

Para a doutrina, “a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução vai além, alcançando também as atividades sobre cujos efeitos ainda não haja uma certeza científica”.<sup>164</sup> Wellington Pacheco de Barros vai além, ao mencionar que “[...] o princípio da prevenção tem estrutura específica [...] e sua aplicação é decorrência da constatação de que há evidências de perigo de dano ambiental efetivo que deve ser eliminado preventivamente, enquanto o princípio da precaução é anterior à constatação desse perigo”.<sup>165</sup>

O princípio do poluidor-pagador tem como objetivo maior “fazer com que o poluidor passe a integrar, de forma permanente, no seu processo produtivo, o valor econômico que consubstancia o conjunto dos custos ambientais”.<sup>166</sup> Para Barros, “o poluidor, ou aquele que agride o meio ambiente, deve ser responsabilizado na medida do dano causado”.<sup>167</sup> Assevera ainda que tal princípio tem a aplicação subsidiária dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, no princípio do usuário-pagador, o mesmo doutrinador menciona que “no caso do bem meio ambiente, seu uso é oneroso, o que corresponde à necessidade de contraprestação para que seja usado”.<sup>168</sup> Ana Marchesan *et tal* exemplifica sua forma de aplicação, ensinando que “quem utiliza água para irrigação deve pagar pelo uso desse bem ambiental limitado”.<sup>169</sup>

Analisados alguns dos princípios aplicáveis ao direito ambiental quando de sua instrumentalização pela via processual, resta analisar quais seriam as ações para proteção ambiental previstas no ordenamento brasileiro, já que, como visto, a jurisdição estatal ainda engatinha seus primeiros passos em algumas decisões, ainda mais quando o que busca tutelar são temas para os quais não tem afinidade seus julgadores, acostumados com singelas ações de despejo, cobranças, direito de família e sucessões.

É nesse sentido o entendimento de Andréas Krell:

---

<sup>163</sup> Idem

<sup>164</sup> MARCHESAN, STEIGLEDER e CAPELLI, Silvia. Op. Cit., p. 50.

<sup>165</sup> Op. cit. p. 71.

<sup>166</sup> In MARCHESAN, Ana Maria Moreira *et tal*. Op. cit., p. 59.

<sup>167</sup> Idem, p. 71.

<sup>168</sup> Idem.

<sup>169</sup> Op. cit, p. 61.

[...] o Brasil não possui um ramo do Judiciário especializado em dirimir conflitos entre o cidadão e a Administração Pública. Em geral, ainda não há por aqui uma maior especialização dos juízes em áreas específicas do Direito, que seria de essencial importância para melhorar a qualidade das decisões e encurtar o tempo de julgamento dos processos. Assim, o juiz singular, na sua comarca, acostumado a decidir casos como lesões corporais e contratos de aluguel, de repente, deve analisar a legalidade do licenciamento de uma fábrica de agrotóxicos ou de um loteamento na beira-mar, o que o obriga a mergulhar nos princípios e no quadro conceitual próprios do Direito Administrativo.<sup>170</sup>

Nesse contexto se insere a análise dos princípios processuais afetos às demandas judiciais de cunho ambiental e seus propósitos na busca por um Estado eficiente na prestação jurisdicional e mesmo na gestão administrativa dos recursos ambientais existentes.

#### **2.4 Legitimidade, competência e outros aspectos processuais: as questões reflexas que dificultam a tutela judicial do meio ambiente**

Como demonstrado, a proteção ambiental se reveste de caráter publicista. Trata-se, em síntese, de proteger um bem que a todos interessa e aproveita. Por essa ótica, o processo destinado à prestação da tutela jurisdicional destinada à proteção ambiental tem conformação específica. De tal forma que alguns dos princípios anteriormente mencionados, que regulam a prestação da tutela jurisdicional destinada à proteção ambiental afastam-se, por vezes, daqueles tradicionalmente proclamados pelo processo civil.

E, mesmo inexistindo codificação específica no ordenamento pátrio, já que não se dispõe de uma codificação específica para o processo ambiental, a condução do processo que promoverá a tutela ambiental é explicitamente constitucional, porque é na Constituição que encontram seus principais e norteadores fundamentos.

O surgimento de estudos acerca do Direito Processual Constitucional é recente. Definindo esse direito, Baracho afirma:

O Direito Processual Constitucional empreende o estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais. O Direito Constitucional Processual detém-se no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais, consagradas nos dispositivos da Constituição.<sup>171</sup>

Afirma ainda o jurista que:

A formulação de um Processo Constitucional que possa ser instrumento de absorção das crises e dos conflitos, a nível institucional, torna-se necessária para o Estado democrático, que somente assim poderá corresponder aos apelos da sociedade contemporânea. Este processo não será, apenas, instrumento de realizações particularistas, assentadas em concepções

<sup>170</sup> Op. cit., p. 49.

<sup>171</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 126.

individualistas que se satisfazem com composições judiciais que não ultrapassam interesses de minorias ou de grupos”.<sup>172</sup>

Para o processualista Nelson Nery Júnior, ao tratar do tema relativo ao Direito Processual Constitucional, na obra “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”, afirma:

Naturalmente, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de novos ramos do direito processual.”<sup>173</sup>

Não se pretende ingressar na discussão relativa à separação do Direito Processual Constitucional num ramo específico. O que resta em conclusão, porém, é que a existência de normas processuais na Constituição denota a importância do tema e a necessidade de estabelecimento de princípios aptos a fundamentar o processo destinado à garantia dos direitos assegurados na Constituição.

Mais uma vez, Baracho ensina que:

A proteção constitucional de um interesse individual, através da figura jurídica do direito público subjetivo, está assentada no reconhecimento da existência de um interesse social considerado de caráter individual. Quando a Constituição do Estado protege um interesse coletivo, o faz em função tanto do interesse da coletividade, quanto da perspectiva dos interesses do indivíduo.<sup>174</sup>

Se tratando de direito ambiental, a busca de um processo adaptado às exigências desse interesse público é premissa de efetiva proteção e tutela jurisdicional. Todavia, nas inúmeras situações que se apresentam perante os tribunais, nem sempre tem se reconhecido esse caráter público do bem ambiental. E mais, de forma incorreta à sua importância, os processos destinados à tutela ambiental são tratados pela simples aplicação das disposições do Código de Processo Civil. Como demonstrado, tais normas acham-se afinadas com a defesa de interesses individuais e o descompasso que se estabelece é percebido por Ramón Martín Mateo:

As peculiares características das agressões ambientais refletem sobre a tradicional compreensão de solução de conflitos na atividade jurisdicional. Uma regra básica a respeito, recebida em todos os ordenamentos, é a que concede legitimidade para demandar somente àqueles que sofreram em seu patrimônio, moral ou material, conseqüências não permitidas pelo

---

<sup>172</sup> Idem, p. 354.

<sup>173</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p.19.

<sup>174</sup> Op. cit., p. 140.

Direito, imputáveis a outras pessoas. Os processos têm, portanto, um marcado tom individualista que somente é quebrado quando a Administração aparece como demandante ou como demandada, representando o interesse comunitário [...]<sup>175</sup>

O processo adequado à tutela ambiental é o que reconheça, de antemão, a especialidade do bem que se pretende proteger. Haverá de revestir um caráter sócio-coletivo, norteado pela importância a ser atribuída, acima de tudo, à tutela do bem em questão. O objetivo primário é o de obter-se, de forma efetiva e no menor tempo possível, o bem ambiental almejado.

Por mais que aparentem importância, os aspectos processuais não poderão sobrepor-se ao bem material tutelado. A legitimidade será, via de regra, extraordinária e as discussões acerca dessa legitimidade perdem espaço ante a verificação de que o bem ambiental a todos interessa e aproveita.

Para Lunelli e Marin, atos que envolvem a coletividade em conflitos de direito material não possuem o adequado processo. Mencionam que “via de regra, buscam-se soluções em áreas diversas, inclusive na esfera política”.<sup>176</sup> E asseveram:

Mas no caso das ações destinadas à proteção dos direitos consignados na Constituição, o Estado tem um interesse a mais, nem sempre presente nas ações do Processo Civil: é o interesse no bem jurídico tutelado que, pela sua natureza, escapa do interesse apenas do autor e réu. “É o caso, por exemplo, das ações destinadas à tutela dos direitos difusos, como a proteção ambiental, a proteção do consumidor e a proteção do patrimônio histórico”.<sup>177</sup>

A sentença prolatada num processo coletivo deverá alcançar a tutela requerida também aos individuais que não participaram da triangulação processual. É a eficácia “*erga omnes*” da coisa julgada. Por outro lado, se a lesão alegada não restar definitivamente comprovada, ensejando a improcedência da ação por falta de provas, seu debate jamais deverá concluir pela resolução de mérito, permitindo-se a formulação de novo processo, desde que trazida a prova faltante, já que nas questões ambientais a interdisciplinaridade de conhecimentos e ciências pode, a qualquer momento, trazer novos subsídios para submeter ao judiciário a nova apreciação.

Como ensinam Lunelli e Marin:

Não há, nas ações envolvendo os direitos afirmados constitucionalmente que têm natureza difusa, o risco de que o Processo dê a alguém o direito que é de outro: se difuso o interesse, não há um único titular certo e, por isso, justifica-se acolher a pretensão protetiva formulada em juízo, independentemente de quem esteja a provocar a prestação jurisdicional.<sup>178</sup>

<sup>175</sup> MATEO, Ramon Martin. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I, Madrid: Trivium. 1991. p. 177.

<sup>176</sup> LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. *A autonomia do processo constitucional e a legitimação para agir na tutela dos direitos coletivos: a dimensão publicista da jurisdição*. In *Jurisdição e Processo*. Jeferson Marin, coordenador. Porto Alegre: Juruá Editora, 2008, p. 24.

<sup>177</sup> Op. cit., p. 26.

<sup>178</sup> Op. cit., p. 46.

Também é nesse sentido a sábia lição de Bachelet, ao mencionar que:

[...] aliás, o único titular de qualquer direito é indivíduo e a única soberania admissível no domínio do ambiente é a do próprio ambiente. O Estado não passa de um prestador de serviços, aí como em qualquer outro lugar.<sup>179</sup>

A intervenção de terceiros haverá de ceder espaço à celeridade que se busca no processo ambiental. Todavia, como se demonstrará adiante, o princípio da estabilidade subjetiva da demanda resta enfraquecido, na medida em que se deverá admitir a convocação, mesmo de ofício, de terceiros causadores do malefício ambiental.

A indisponibilidade é outra característica marcante das ações ambientais, que se justifica exatamente pelo interesse coletivo na questão deduzida em juízo, mesmo que trazida individualmente. Essa indisponibilidade - que representa um dos princípios do Direito Ambiental - também opera no rumo da publicização dos processos ambientais.

Quanto a competência, a problemática da discussão ocorre quando houver interesse da União, caso em que a tramitação do feito se daria na Justiça Federal. Até o ano de 2000, pela vigência da Súmula 183 do STJ, podia a demanda ser ajuizada na justiça estadual, mesmo que a União fosse parte ou tivesse interesse. Com o cancelamento da súmula, “as ações deverão ser propostas na justiça federal mais próxima ao local do dano”.<sup>180</sup>

O tema, na esfera jurisdicional é problemático, conforme refere a própria autora, que assinala uma possível regra para entendimento:

Resumidamente, e sem comprometimento maior, neste contexto, com as inúmeras particularidades, poder-se-ia dizer que, de regra, a competência é da Justiça Estadual, havendo competência da Justiça Federal nas ações em que se comprovar lesão a bens, serviços ou interesses da União<sup>181</sup>, bem assim nas causas fundadas em tratados internacionais. Ma repisa-se, a matéria não está pacificada, exceto algumas exceções.<sup>182</sup>

A tutela jurisdicional do ambiente, portanto, deverá estar atenta a essas peculiaridades desse bem e conduzir-se dentro de princípios que lhe sejam adequados e compatíveis, como garantia tanto da sua efetividade como da certeza de preservação do ambiente.

### **3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL: O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

<sup>179</sup> Op. cit., p. 328.

<sup>180</sup> MARCHESAN *et tal.* Op. cit. p. 281.

<sup>181</sup> Art. 109, I, II e IV da CF.

<sup>182</sup> *Idem*, p. 285.

O estudo para o reconhecimento dos direitos humanos parte de sua afirmação nas sociedades. Para Bobbio “[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.<sup>183</sup>

Deve-se verificar se o ordenamento jurídico existente possui mecanismos para garanti-los frente às necessidades dos cidadãos. São esses direitos que, em regra, exercem fundamental controle nas decisões e procedimentos do Estado. São ferramentas que balizam as decisões políticas e que devem sempre sustentá-las, sob pena de nulidade dos seus efeitos.

Sua evolução se dá concomitantemente com a evolução dos povos. Antigamente, era sagrada e inviolável a propriedade. Hoje, modernamente conceitua-se a propriedade conjuntamente com a função social que deve atender. Assim, a evolução permitiu que novos conceitos fossem anexados aos direitos fundamentais trazidos dos povos antigos e em especial da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que para Bobbio “[...] representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado, e portanto, reconhecido [...]”.<sup>184</sup>

No Brasil, e não poderia ser diferente, as diversas Constituições foram absorvendo esta gama de direitos fundamentais e, na medida em que evoluíram, esses foram incluídos em nossas Cartas Constitucionais. Por força disso, a incorporação no texto constitucional permitiu que os direitos fundamentais exercerem considerável controle na aplicação de leis, dos atos administrativos e da própria Constituição.

A Constituição de 1988 trouxe em seu texto notável reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, ampliando os poderes de instituições como o Ministério Público e outros órgãos de classe, como sindicatos e partidos políticos.

Inobstante, leis infraconstitucionais voltadas ao meio ambiente ou que, seus efeitos possam nele incidir, têm recebido constante controle, por força do Poder Judiciário, toda vez que é provocado para decidir uma demanda, que no caso, envolve o cidadão ou uma associação que lhe representa no pólo ativo e em outra parte o ente estatal. Este controle do Poder Judiciário, no caso concreto apresentado, se dá também por via do controle das leis, no que modernamente se distingue como “Judicialização da Política”, em que as normas emanadas pelo Poder Legislativo são submetidas ao Judiciário, como forma de se verificar possível afronta aos direitos fundamentais, estabelecendo-se o Judiciário como “Guardião da Constituição”.

---

<sup>183</sup> Op. cit., p. 25.

<sup>184</sup> Idem, p. 26.

Assim, o Poder Judiciário, atento às necessidades sociais, passou a ter notável papel como garantidor e protetor dos direitos fundamentais e defensor da Constituição.

### **3.1 A limitação do poder político do Estado em face dos Direitos Fundamentais: o controle constitucional das leis**

Os direitos fundamentais traduzem em seu bojo uma idéia de justiça. Seus princípios conjugam valores e interesses, sejam do Estado ou do cidadão, de maneira que permitem abrir espaço para soluções, ao contrário da lei, cujo regramento deve ser cumprido de acordo com sua prescrição, sob pena abalar-se com a “segurança jurídica” das relações. Como meios de defesa do cidadão, segundo Hesse:

[...] eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu *status* jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. [...] a Constituição garante direitos fundamentais por causa da atualização das liberdades neles garantidas”.<sup>185</sup>

A limitação do poder político, exercida pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, por um terceiro poder, o Poder Judiciário, parece afrontar a visão clássica da separação dos poderes proposta por Montesquieu.

Num primeiro momento, as leis editadas pelo Poder Legislativo, encarregado de legislar, sancionadas e aplicadas pelo Poder Executivo, sofrem, via de regra, controle do Poder Judiciário, que detém a responsabilidade, sob a égide da defesa da Constituição, de anular atos do Poder Executivo baseado em norma do Poder Legislativo.

Exercendo este poder de guardião da Constituição, o Poder Judiciário estaria se colocando acima dos demais poderes, que possuem legitimidade da sociedade para exercerem seu poder. Assim o Judiciário passa a deter capacidade nos processos decisórios, antes norteados pelo Executivo e Legislativo. Com isso, as negociações políticas do Executivo para com o Legislativo esbarram na possibilidade do Judiciário manifestar-se acerca da negociação, “dizendo o direito” que se aplica em tal caso, sob o prisma da Constituição, através do controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal, de acordo com os arts. 101 a 103 da Constituição Federal de 1988.

Utiliza-se o Poder Judiciário do controle da constitucionalidade a fim de garantir respeito aos preceitos constitucionais. Hans Kelsen ensina que a possibilidade do controle da constitucionalidade se dá:

---

<sup>185</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luís Afonso Heck. 20ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 235.

[...] como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.<sup>186</sup>

Assim, ter-se-ia na definição de alguns autores, um processo denominado “Judicialização da Política” em razão de que, por inércia ou omissão dos demais poderes, criam-se litígios e então se vê o Judiciário obrigado a julgar conflitos que deveriam ser resolvidos nas esferas políticas.

Num contexto histórico, o registro de controle de constitucionalidade mais antigo deu-se no caso *Madison vs Marbury*, em 1803, onde o Juiz americano John Marschall declarou ser inconstitucional uma outra lei hierarquicamente inferior, tomando como base o entendimento de que a Constituição é o ápice do ordenamento jurídico e que nenhuma outra lei deve desrespeitá-la.

No Brasil, a Carta de 1824 permitia o controle constitucional, onde a guarda da Constituição era premissa do Poder Legislativo. Todavia, nesta época a divisão se dava em quatro poderes e cabia ao Poder Moderador, gerido pelo Imperador, dirimir as controvérsias. Logo, neste período, não se pode cogitar um possível controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, porque o Imperador detinha capacidade para resolver ao seu entendimento as controvérsias entre os poderes.

A possibilidade da suspensão de execução das leis declaradas inconstitucionais foi o marco do reconhecimento do controle da constitucionalidade inserido na Constituição de 1934. Nesta época, discutia-se a lei em tese e sua suspensão se dava após a anuência do Senado.

Nesta época, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 12 da Constituição de 1934, através da “Representação Interventiva”, poderia o Procurador-Geral da República provocar o Judiciário para intervir junto aos Estados-membros da Federação que descumprissem preceitos ligados aos direitos dos cidadãos.

Destaca Gilmar Ferreira Mendes que:

Não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> Op. cit., p. 304.

<sup>187</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. *Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 235.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 16 de 1965, permitiu, além da “Representação Interventiva” acima mencionada, a possibilidade de uso de um sistema de controle abstrato de normas perante o STF, cuja função era verificar a constitucionalidade das leis ou normas federais ou dos Estados-membros. Em relação ao controle de constitucionalidade da lei municipal, Mendes leciona que:

[...] a Emenda n. 16 consagrou, no art. 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado.<sup>188</sup> (MENDES, 1995, p. 249).

Esta emenda dava dupla função ao Procurador-Geral da República, representando os interesses da União em desfavor a um Estado-membro ou ainda, na defesa da Constituição, representando a sociedade em geral.

Pinto Ferreira, em relação à EC nº 16, ensina que:

[...] deu maior amplitude ao controle por via de ação, tal como se encontra na Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Ela atribuiu ao STF a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa estadual ou federal, mediante ação direta, que só pode ser proposta pelo Procurador-Geral da República. Essa ação independe de lesão a direito individual, quando a vigência do ato inconstitucional conflita com a ordem jurídica, a ação tendo como finalidade a declaração da inconstitucionalidade.<sup>189</sup>

Importante ressalva faz o constitucionalista Clémerson Merlin Clève, em estudo sobre a evolução do controle da constitucionalidade, ao mencionar que:

Não deixa de ser curioso o fato de a representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, pode prestar-se, se bem manejado, admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.<sup>190</sup>

O controle da constitucionalidade das leis modificou singelamente o entendimento da clássica visão da “Separação dos Poderes” de Montesquieu, antes mencionado. Para ele, os juízes são definidos como “[...] apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor”.<sup>191</sup>

Nessa transformação de perfil do Poder Judiciário, esse passou a ter “poder” sobre o Legislativo e o Executivo, pois o direito lhe permite anular-lhes os atos sob o irrefutável argumento de defesa do texto Constitucional. O Poder Judiciário, atendendo a evolução

<sup>188</sup> Idem, p. 249.

<sup>189</sup> Op. cit., p. 217.

<sup>190</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 88.

<sup>191</sup> Op. cit., p. 179.

social, segundo Roger Stiefelmann Leal, “passou a ser encarado como o escudo da sociedade, o protetor dos direitos individuais contra os avanços do Estado em ‘domínios alheios’, assumindo, em certas ocasiões, papéis políticos estranhos à concepção doutrinária clássica”.

192

O próprio Direito já assinala essa nova conformação, segundo Carlos Alberto Lunelli e Jeferson Marin, que assim mencionam acerca da evolução social dessa ciência:

Por certo que o Direito não consiste num receituário pronto, que é a panaceia para todas as patologias sociais, através da mera aplicação da lei aos fatos concretos. O direito, com ênfase na recuperação do pensamento aristotélico, traz atualmente um novo pensar, construído a partir da verossimilhança, da quase certeza, das verdades relativas que permitem que a ciência jurídica acompanhe a evolução social, ditando seu mote a partir da convivência humana e não a partir da busca incessante de leis que guardem angularização perfeita com o fato social em apreço, numa perspectiva kelseniana”.<sup>193</sup>

Este processo de evolução se dá por força do denominado *Welfare State*, ou “Estado de Bem Estar” literalmente traduzido, em que os órgãos estatais passaram a assumir funções que antes, pelo modelo existente, não lhe eram próprias, de maneira que, por força de diversas entidades e dos modelos existentes em algumas sociedades, deveria o Estado intervir protegendo os hipossuficientes.

Para Ricardo Hermany, com a ampliação da gama de atuação do Estado, maior será o poder discricionário do Poder Executivo, “o qual passa a exercer uma influência prática mais visível do que os demais poderes [...]”.<sup>194</sup> Prossegue o autor mencionando que:

[...] no modelo do *Welfare State*, em que se constata uma ampliação da atividade administrativa do Estado em decorrência das exigências de direitos prestacionais que implicam um agir positivo do ente público. Com isso, o aparelho burocrático-estatal se amplia significativamente, bem como o conjunto de situações apresentadas aos agentes administrativos que extrapolam as previsões legais.

Flávia de Almeida Vieira de Castro, em artigo intitulado “O papel político do Poder Judiciário”, ao mencionar a evolução histórica do Judiciário, cita que “o bem-estar social e o ideal de justiça das decisões serão as metas a alcançar. Nenhuma decisão judicial que se afaste de tais objetivos poderá justificar sua existência, por mais lógica que possa ser”.<sup>195</sup>

<sup>192</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *A Judicialização da política*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 232.

<sup>193</sup> LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. *Educação e cidadania na ciência jurídica: os contributos da teoria da complexidade para a alfabetização ecológica*. Direito, ambiente e políticas públicas. Carlos Alberto Lunelli (Org.). Curitiba: Juruá, 2010. p. 14.

<sup>194</sup> HERMANY, Ricardo. *Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para regularidade dos atos da administração*. In *Direitos Sociais & Políticas Públicas – Desafios Contemporâneos*. Org: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1733.

<sup>195</sup> CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *O papel político do poder judiciário*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 292.

Assim, necessitou o Poder Legislativo adequar-se à demanda urgente de novas leis e ao Executivo à necessidade de executá-las, desempenhando seu caráter democrático. O Poder Judiciário, além de controlar excessos dos demais poderes em seus atos administrativos, por força de uma nova estruturação, desenvolveu a questão de controle constitucional das leis, em contrapartida do governo, que além de negociar seu plano político com o Legislativo, deveria cuidar ao mesmo tempo em não infringir o texto Constitucional, sob pena de nulidade em seus atos.

Essas mudanças nos Poderes de Estado, “permitiram uma maior ingerência dos órgãos jurisdicionais, dando causa ao que se poderia chamar de ‘judicialização da política’”.<sup>196</sup>

Para Leal, por força do *Welfare State*, a superioridade que antes era do Poder Legislativo passou ao Poder Executivo e atualmente, “encontra-se nas mãos do Poder Judiciário”. Seguindo esta linha de pensamento, “o modelo principiológico adotado pelo *Welfare State*, aliado ao vultuoso número de funções conferidas ao Poder Judiciário, admitiu uma estrutura constitucional onde a decisão judicial passou a ter poderes nunca antes imaginados”.<sup>197</sup>

Logo, quando provocado por terceiro, o Poder Judiciário reage revisando a decisão de outro poder, tomando como base a Constituição Federal. Logo, no Brasil, “o legislador constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição”.<sup>198</sup>

Tais intérpretes estão elencados na CF/88, como segue:

- Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:
- I – o Presidente da República;
  - II – a Mesa do Senado Federal;
  - III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
  - IV – a Mesa de Assembléia Legislativa;
  - V – o Governador de Estado;
  - VI – o Procurador-Geral da República;
  - VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
  - VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
  - IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em razão da vasta gama de “advogados da Constituição”, “a comunidade dos intérpretes é heterogênea, comportando desde o mundo do interesse e da opinião até os governadores e procuradores da República”.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> LEAL, op. cit., p. 232.

<sup>197</sup> Idem, p. 237.

<sup>198</sup> VIANNA, op. cit., p. 47.

<sup>199</sup> VIANNA, op. cit., p. 53.

A CF/88 admite diversos modelos para o controle constitucional das leis, dentre os quais a Ação Incidental de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A Ação Incidental de Constitucionalidade advém do direito norte-americano. É o controle por via de direito de exceção ou controle incidental e se dá no momento em que a inconstitucionalidade é argüida no curso de uma ação cujo objeto é estranho a este tema.

Ensina Pinto Ferreira, em Curso de Direito Constitucional que:

[...] qualquer pessoa pode suscitar a questão prejudicial de constitucionalidade, desde que tenha legítimo interesse econômico ou moral; qualquer juiz singular ou tribunal legalmente competente pode apreciar tal ação, porém o tribunal é sempre por maioria absoluta de votos; a discussão da inconstitucionalidade é feita incidentalmente.<sup>200</sup>

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, prevista no parágrafo quarto do art. 103 da CF/88, modificado pela Emenda Constitucional nº 3 de 17/03/1993, gera efeito vinculante e busca dirimir controvérsia, sobre a constitucionalidade da lei.

Alguns autores, elencados por Pinto Ferreira, entendem que a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON - é inconstitucional, “como entre outros Ana Maria Scartezzini, afirmando que ela extingue o princípio do contraditório e fere a independência dos Poderes, transformando o Supremo Tribunal Federal em órgão sancionador da atividade legislativa”.<sup>201</sup>

Transcreve também parecer elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil, afirmando que tal ação traz em seu conteúdo vários vícios, quais sejam:

a) a ação incorre em grave erro técnico, porque impossibilita de identificar o réu e definir o respectivo universo; b) é mais grave que a avocatória, comprometendo os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento; c) elimina o direito de acesso do cidadão ao Judiciário, o que significa a violação do princípio da inafastabilidade do controle judicial; d) inviabiliza o controle da inconstitucionalidade por via incidental [...].<sup>202</sup>

Ao ser apreciada a matéria pelo Supremo Tribunal Federal, em seu julgamento decidiu que:

[...] a ação declaratória de constitucionalidade, tal como a ação direta de inconstitucionalidade, insere-se no sistema de controle concentrado de constitucionalidade de normas, posto que o Supremo Tribunal Federal aprecia a controvérsia em tese, declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com eficácia *erga omnes* através do voto do eminente relator Ministro Moreira Alves. Assim, se introduziu no Brasil o *efeito vinculante das decisões “erga omnes”*, levando à obrigatoriedade do precedente judiciário, própria do

<sup>200</sup> Op. cit., p. 426

<sup>201</sup> Idem, p. 427.

<sup>202</sup> Idem.

direito norte-americano, embora com ampla discussão jurídica a respeito da legitimidade do *stare decisis* em nosso direito.<sup>203</sup>

Por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN – (art. 102, I, a, CF/88), cuja menção se faz em diversos artigos da CF/88, em especial no art. 103, antes mencionado, tem efeito *erga omnes* e não só para o caso concreto, que não necessariamente precisa existir para ter apreciação do STF, por força do controle abstrato das normas.

A ADIN procede da Constituição Austríaca, inserida por Hans Kelsen. Na Alemanha, a Constituição admite o recurso de constitucionalidade “[...] que teoricamente se assemelha ao mandado de segurança brasileiro, em razão sobretudo da possibilidade de sua apresentação por qualquer pessoa que se sinta lesada em um de seus direitos fundamentais por ato de autoridade pública [...]”.<sup>204</sup>

Analisando o duplo caráter de judicialização da política no Brasil, tendo por base informações obtidas junto ao STF, Vianna menciona que as ADINS propostas revelam que “as associações de trabalhadores, de profissionais e de empresários representam juntas, o segmento que mais tem postulado ADINS, em uma tendência que se afirma, sobretudo, nos últimos anos”.<sup>205</sup>

Por força da previsão do art. 103, parágrafo segundo da CF/88, temos a ação de inconstitucionalidade por omissão, cujo objetivo é a declaração pelo STF de inércia do legislador na elaboração de norma infraconstitucional necessária à aplicação concreta do texto constitucional, tornando-a efetiva.

Por fim, o cabe ao STF um relevante papel de destaque no panorama político da nação, tornando-se um verdadeiro árbitro de todo processo político. Os entes previstos na CF/88 para impetrar ações de cunho constitucional tornaram-se um canal de voz das minorias para defesa de seus direitos. Assim, ao intentarem seus interesses junto ao Poder Judiciário, tornam-no instituição com estratégico poder definidor nas relações entre o direito e a política, consolidando a democracia.

### **3.2 Ações processuais para proteção do bem ambiental: a legitimidade do indivíduo para o controle dos atos administrativos**

---

<sup>203</sup> Idem, p. 428.

<sup>204</sup> LOBATO, Anderson O. Cavalcante. *Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade : a aceitação do controle preventivo*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 152.

<sup>205</sup> Op. cit., p. 54.

A possibilidade de controle da constitucionalidade da lei, independentemente da esfera responsável por sua edição, se demonstra como uma medida salutar para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. Entretanto, como dito, apenas alguns ditos “advogados da Constituição” têm esse papel de atuar no controle legislativo. Há de se mencionar que o bem ambiental pode ser violado mediante atos administrativos discricionários da autoridade executiva ou dos demais poderes, como leciona Hermany:

Imprescindível destacar que, apesar de o Executivo assumir posição de destaque no contexto de Estado Social, por agregar importantes funções administrativas, especialmente aquelas que se vinculam à atividade prestacional do Estado, estas não são exclusividade deste Poder. Isso porque os demais poderes do Estado, Legislativo e Judiciário, também praticam atividades administrativas.<sup>206</sup>

A discussão processual que se instala sempre que uma demanda é intentada, principalmente nas de cunho ambiental, em que interesses econômicos buscam se sobrepor aos interesses da coletividade, quer seja quanto a legitimidade, competência e outros aspectos processuais, o ordenamento pátrio disponibiliza ações judiciais com o propósito de conter, exigir atuação ou responsabilizar gestores públicos<sup>207</sup> no trato com o bem ambiental.

Os mecanismos de defesa ambiental podem se dar pela via extrajudicial, como o tombamento, desapropriação, embargo, comumente utilizados pelos Poderes Públicos, mas também, pela via judicial, alcançando os instrumentos previstos na Constituição da República, como a Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Individual, Coletivo e Mandado de Injunção, sem prejuízo da tutela ambiental no âmbito criminal. Para Fiorillo, “os instrumentos de defesa do Direito Ambiental no Brasil não guardam identidade com ações que visem condenação em dinheiro [...], mas sim, combinações, no campo extrajudicial e judicial, que assegurem a incolumidade do bem ambiental.”<sup>208</sup>

Prevista no art. 5º., inciso LXXIII da CF/88 e na Lei 4.717/65, a Ação Popular é o remédio constitucional que visa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus de sucumbência.

Para Bolzan de Moraes:

A Ação Popular é um instrumento jurídico colocado à disposição do cidadão, e só a ele, para coibir a prática de atos lesivos produzidos contra os bens especificados na norma constitucional. Tem ela conteúdo transindividual, embora a legitimação que atribua seja individual, uma vez que os benefícios produzidos e/ou prejuízos evitados não serão

<sup>206</sup> Op. cit., p. 1745.

<sup>207</sup> Ricardo Hermany menciona que “no sistema presidencialista não existe, tecnicamente, a responsabilidade política, o que impede o afastamento do chefe do Poder Executivo sem que exista a suspeita de cometimento de crime de responsabilidade, quando se configura a hipótese de responsabilidade criminal”. Op. cit., p. 1745.

<sup>208</sup> FIORILLO, p. 111.

incorporados ao patrimônio do litigante com exclusividade, mas comporão como que um patrimônio comum solidariamente titularizado e usufruível pela sociedade como um todo distinto.<sup>209</sup>

Nessa mesma seara, Alexandre de Moraes<sup>210</sup> afirma que “a finalidade da Ação Popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli*, o direito de promover a defesa de tais interesses”.

Sempre que abordada nos manuais, a Ação Popular recebe especial atenção no tocante da legitimidade ativa, vez que o termo cidadão ainda apresenta peculiar interpretação e tal personagem é requisito subjetivo para ajuizamento da demanda, vez que somente o cidadão é quem tem legitimidade.

A complexidade da Ação Popular é debatida na ótica de Paulo de Tarso Brandão, mencionando que:

A Ação Popular é, entre todos, o que mais dificuldade encontra em sua compreensão exatamente porque há muito tempo vem sendo estudado pela ótica de conceitos mais adequados ao Direito de cunho interindividual do que aos de defesa dos interesses difusos.<sup>211</sup>

Alexandre de Moraes é abrangente, tratando o legitimado para ajuizar Ação Popular como:

Somente o cidadão, seja o brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 18 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos, possuem legitimação constitucional para a propositura da Ação Popular. A comprovação da legitimidade será feita com a juntada do título de eleitor (brasileiros) ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor (português equiparado). [...] Ressalte-se que, no caso do *cidadão menor de 18 anos*, por tratar-se de um direito político, tal qual o direito de voto, não há necessidade de assistência.<sup>212</sup>

Para Brandão, ao discorrer sobre a legitimidade, demonstra uma leitura pela via da ótica constitucional da Ação Popular, entendendo que “não há vinculação da condição de cidadão à qualidade de eleitor, posto que simplesmente estabeleça que ‘qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular’. Não se encontra aqui a expressão ‘cidadão eleitor’.

213

Sustenta com fundamento que:

[...] facilmente se pode concluir que mesmo os conscritos, que não podem se alistar como eleitores pela vedação expressa no artigo 14, parágrafo 2º. Da CRFB/88, não perdem a condição nacional e, em consequência, a qualidade de cidadão. Nem mesmo há vedação

<sup>209</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do direito social aos interesses transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996. p. 196.

<sup>210</sup> Op. cit., p. 193

<sup>211</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações constitucionais: novos direitos e acessos à justiça. Florianópolis : Habitus, 2001. p. 250.

<sup>212</sup> Op. cit., p. 194.

<sup>213</sup> Op. cit., p. 252.

constitucional para os estrangeiros residentes no Brasil, pois, desvinculada a idéia de que cidadão é necessariamente o eleitor ou o que tem capacidade para alistar-se como ta, vale a regra do *caput* do artigo 5º da Constituição, que garante aos brasileiros e estrangeiros, salvo vedação expressa que não ocorre no caso, a fruição dos direitos e garantias fundamentais que arrola em seus incisos, e entre os quais está o exercício da Ação Popular.<sup>214</sup>

Notadamente seu entendimento, com uma ótica constitucional, torna ainda mais abrangente o leque de possíveis legitimados para a Ação Popular, o qual se entende que deve ser acatada, dada a peculiaridade de seu objeto. Recomenda o autor que:

[...] somente levando em consideração a profunda transformação operada no âmbito do Direito a partir do inter-relacionamento entre este e o Estado e, ainda, entre o Estado e a Sociedade Civil, e abandonando, em consequência, os esquemas conceituais próprios do Direito Processual Civil, buscando uma teoria geral própria para as Ações Cíveis Públicas, é que estas atingirão sua efetividade e seu objetivo, que é o de garantir a efetividade dos direitos típicos da cidadania.<sup>215</sup>

Importante declinar que o Ministério Público, como instituição, não possui legitimidade ativa para ajuizar a Ação Popular, porém, lhe incumbe atuar como fiscal da lei, promovendo a responsabilização dos condenados, “manifestando-se, em relação ao mérito, com total independência funcional (CF, art. 127, parágrafo 1º.)”.<sup>216</sup> A esse, reserva-se a Ação Civil Pública, notadamente muito mais utilizada, posto que basta apenas simples requerimento, até verbal, ao *parquet*, para que esse instaure o competente procedimento investigatório, com vistas a colher provas para demandar a ação de sua competência.

Superada a questão da legitimidade ativa, discorre-se acerca da competência e da natureza da decisão a ser proferida. Os autores Alexandre de Moraes e Bolzan comungam em suas opiniões acerca da competência, que “será determinada pela origem do ato a ser anulado, aplicando-se as normais regras constitucionais e legais de competência”.<sup>217</sup> A definição de Bolzan, ainda que pertinente, pode ensejar certa dúvida acerca da competência, vez que entende que a Ação Popular deve “ser promovida no foro do local onde ocorrer o dano”.<sup>218</sup> Por tutelar direitos ambientais, às vezes, certos danos extrapolam as divisas municipais ou mesmo estaduais, sendo necessária a análise mais aprofundada acerca da competência ou possível prevenção do juízo.

Uma regra que se parece simples, num primeiro momento, é a de indagar se o foro seria competente para julgamento de um mandado de segurança. Se positivo, em tese, o mesmo se aplica para a Ação Popular.

<sup>214</sup> Op. cit., p. 253.

<sup>215</sup> Op. cit., p. 255.

<sup>216</sup> Op. cit., p. 195.

<sup>217</sup> Op. cit., p. 196.

<sup>218</sup> Op. cit., p. 198.

No tocante da natureza da sentença, ainda que Bolzan<sup>219</sup> se refira apenas como ação de natureza condenatória, parece que Alexandre de Moraes<sup>220</sup> agrega os efeitos desconstitutivos-condenatórios, vez que a procedência da demanda implica na invalidade do ato impugnado; condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos; condenação dos réus às custas e despesas com a ação, bem como honorários advocatícios e produção de efeitos de natureza *erga-omnes*.

A título de ilustração, analisada a sentença procedente e os efeitos da coisa julgada, com base na classificação de Ovídio A. Baptista da Silva<sup>221</sup>, haveria uma sentença com conteúdo declaratório (o autor tem direito ao que pede porque determinado preceito legal incidiu e ele o está a aplicar); constitutivo negativo, vez que não há a criação de uma nova relação jurídica, mas a extinção de uma relação anteriormente existente; condenatória, com seus dois fenômenos distintos, de condenar e de condenação; executiva *latu-sensu*, eis que provoca efeitos no mundo da vida sem necessidade de processo de execução e dependendo do caso o efeito mandamental, determinando-se o *status quo* ao momento do ato lesivo.

Ainda acerca da coisa julgada, no caso de improcedência, importante mencionar que a decisão de mérito não terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, vez que, havendo deficiência probatória, haverá “possibilidade de ajuizamento de nova Ação Popular com o mesmo objeto e fundamento, por prevalecer o interesse público de defesa da legalidade e da moralidade administrativa em busca da verdade real”.<sup>222</sup> Se a Ação Popular for julgada improcedente por ser infundada, gera efeitos de coisa julgada *erga omnes* e permanece o ato por ela atacado.

Nas duas hipóteses mencionadas, o autor, salvo comprovada má-fé fica isento do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

A análise da Ação Popular demonstra cabalmente ser uma ferramenta poderosa do cidadão comum para controle dos interesses difusos. Entretanto, sua prática não se dá com a frequência desejada, não porque inexistem fatos que se enquadrariam em seu objeto, mas sim, pela necessidade de contratação de um advogado para ajuizá-la. Tanto é que milhares de Ações Cíveis Públicas tramitam pelo Poder Judiciário, uma vez que o cidadão prefere provocar o Ministério Público a contratar um profissional para ajuizar a ação da qual é titular por força de norma constitucional, igualando-se, na legitimidade, ao *parquet* na Ação Cível Pública.

Prosseguindo acerca das ferramentas processuais disponibilizadas em prol da defesa do ambiente, a Ação Cível Pública - ACP, decorrente da Lei Federal n. 7.347/85, norma essa

<sup>219</sup> Op. cit., p. 198.

<sup>220</sup> Op. cit., p. 196.

<sup>221</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 491.

<sup>222</sup> MORAES. Op. cit. p. 197.

sancionada ainda quando o Brasil se encontrava sob a batuta dos militares no Governo, se dá, na definição de Édis Milaré como “instrumento terapêutico do dano ambiental”<sup>223</sup>, já que os danos ao ambiente não são privilégio exclusivo dessa geração.

Num contexto histórico, demonstra o autor que a “Lei Complementar Federal n. 40, de 14/12/1981, ao dispor acerca das normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público dos Estados, elencou, entre suas funções institucionais, a promoção da Ação Civil Pública”,<sup>224</sup> que já fora concebida na Lei 6.938/81, que ao definir a Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu a hipótese de uso da Ação Civil Pública Ambiental.

Dita ferramenta, inicialmente criada para defesa de alguns interesses transindividuais, como o meio ambiente, recebeu, por ocasião da promulgação da Constituição da República, no ano de 1988, privilégio constitucional para defesa dos consumidores, do patrimônio artístico, estético, turístico, histórico, paisagístico e outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos, bem como, danos morais perpetrados contra os direitos e interesses comunitários, valores esses que na atualidade restam afirmados pela via da Ação Civil Pública, sem prejuízo de outros que porventura possam surgir.<sup>225</sup>

A autoria da ação se dá, inicialmente, pelo Ministério Público. Entretanto, a alteração trazida pela Lei 11.448/2007 legitimou também a Defensoria Pública, os entes públicos de toda natureza, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e também as associações constituídas há mais de um ano e cujas finalidades sejam afetas aos propósitos tutelados pela ACP. A competência do juízo segue os mesmos moldes da Ação Popular, todavia, “para as ações cujo dano seja regional ou nacional, será competente o juízo da Capital de qualquer Estado onde ocorrer o dano, ou do Distrito Federal”.<sup>226</sup>

Como dito anteriormente, precípua é a atuação, como autor, do Ministério Público, nas frequentes ações ajuizadas nas mais diversas comarcas do país, em substituição à Ação Popular, principalmente em face da necessidade de contratação de advogado para defesa dos interesses em juízo. Confirmando esse entendimento de atuação do Ministério Público, Barros menciona que “[...] na prática, o Ministério Público se tornou o legitimado mais frequente na

---

<sup>223</sup> Op. cit., p. 143.

<sup>224</sup> Op. cit., p. 171.

<sup>225</sup> Segundo o autor, vários foram os diplomas legais que inseriram nova gama de abrangência à Ação Civil Pública. Em síntese, após a CF/88, a Lei 7.853/89 que dispõe sobre apoio às pessoas portadoras de deficiência; Lei 7.913/89, que trata da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários; Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor; Medida Provisória 1.820/99, que aumenta o alcance da Ação Civil Pública para interesses ligados à economia popular e pelo Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01, que insere a proteção da ordem urbanística entre os valores tuteláveis. Op. cit., p. 173-174.

<sup>226</sup> MARCHESAN, STEIGLEDER e CAPELLI, Silvia. Op. Cit., p. 303.

propositura da ação civil pública. [...] Por legitimação recente, não se sabe com qual a dimensão que a Defensoria Pública irá perpetrar o uso da ação civil pública”.<sup>227</sup>

Para Krell, na análise da Ação Civil Pública:

Aqui, o juiz não controla diretamente a legalidade das medidas da Administração, mas deve analisar a questão de se há perigo de ocorrer um *dano* (patrimonial ou moral) ao meio ambiente ou aos valores citados, e, caso esse já se tenha realizado, como o mesmo deve ser indenizado ou compensado.<sup>228</sup>

Ainda com o advento da Lei 7.347/85, cabe ao Ministério Público instaurar o Inquérito Civil Público para prévia instrução do que poderá se transformar em uma ação civil pública. Na tramitação do inquérito, é prática corrente do *parquet* a requisição de documentos, certidões, depoimentos e afins, com o propósito da constituição da prova necessária à instrução inicial do feito. Esse aspecto também é crucial para entendimento acerca da frequência da Ação Civil Pública em detrimento da Ação Popular, para a qual o cidadão se vê impossibilitado de angariar documentos necessários à comprovação da lesão de seus direitos, com base nos tortuosos protocolos exigidos pela administração pública, independentemente da esfera. Ensina Antônio Augusto Mello de Carvalho Ferraz que:

O Inquérito Civil representa poderoso fator de concentração de iniciativas por parte do Ministério Público: muitos casos – de regra os mais relevantes – demandam profundas e demoradas investigações, custosas perícias, requisição de informações, convocação de testemunhas e de técnicos, instrumentos esses que, por não estarem disponíveis para as associações, por exemplo, em muito limitam o exercício concreto da legitimidade destas.<sup>229</sup>

O inquérito civil público, por sua tramitação extrajudicial, “[...] serve para analisar a legalidade dos atos praticados no procedimento ambiental”, e a qualquer momento, pode o indiciado “[...] firmar compromisso de ajustamento de conduta<sup>230</sup> que se transformará em título executivo extrajudicial [...]”<sup>231</sup>, possibilitando assim o acordo por eventual descumprimento da normatização legal sem a atuação do Judiciário.

O inquérito em muito se assemelha ao conhecido inquérito policial, tanto que pode o promotor de justiça pugnar pela promoção do arquivamento do mesmo, a exemplo do relatório final da autoridade policial, todavia, naquele caso, será submetido à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público.<sup>232</sup>

<sup>227</sup> Op. cit., p. 427.

<sup>228</sup> Op. cit., p. 61.

<sup>229</sup> FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público*. In *Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 – 15 anos*. Coord. Édís Milaré. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 91.

<sup>230</sup> Habitualmente conhecido como TAC – Termo de Ajustamento de Conduta.

<sup>231</sup> BARROS, op. cit., p. 429.

<sup>232</sup> O Ministério Público persegue com ênfase a formulação de um compromisso de ajustamento de conduta. Todavia, no relato de um Promotor de Justiça, acentua-se o descrédito na formulação de uma demanda judicial, em face da morosidade de sua tramitação, mencionando que: “há casos em que, ao final do IC, constata-se que

Desse modo, o inquérito civil público dispensa o inquérito policial, no caso de responsabilização penal pelo dano decorrente do crime ambiental. E mais:

O procedimento desempenha, bem de ver, tríplice papel: *preventivo* (p. ex. num compromisso de ajustamento de conduta, que obstaculiza um dano iminente), *reparatório* (p. ex., ao ensejar a colheita e análise de elementos necessários à propositura de ação civil pública por dano causado ao meio ambiente) e *repressivo* (p. ex., quando se presta para o ajuizamento de ação penal pública).<sup>233</sup>

Quanto ao compromisso de ajustamento de conduta, esse foi introduzido após alguns anos de vigência da Lei 7.347/85, através da inserção do parágrafo sexto<sup>234</sup> ao artigo quinto da norma, introduzido pelo artigo 113 da Lei 8.078/90, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Ensina Daniel Roberto Fink que “esse importante instrumento de composição de conflitos na defesa do meio ambiente não é original, vez que anteriormente vem previsto no art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 -, cujo teor é exatamente idêntico”.<sup>235</sup> Assevera ainda o autor que:

O que se espera dos *interessados* em matéria de meio ambiente é muito mais a prestação positiva ou negativa dos fatos, capazes de impedir danos ou saná-los. Ou mesmo, o ajustamento da atividade poluidora, degradante, etc. aos parâmetros legais.<sup>236</sup>

Há de se referir que o compromisso de ajustamento de conduta remete sua natureza jurídica ao instituto da transação, prevista no artigo 840 do Código Civil pátrio, através da prevenção ou resolução de um litígio mediante concessões mútuas. O artigo seguinte, 841, faz menção da possibilidade da transação apenas para direitos patrimoniais de caráter privado, remetendo ainda para o artigo 852, do mesmo diploma, que veda o compromisso para soluções de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Pois bem, não sendo o meio ambiente direito patrimonial de caráter privado, e sim, difuso e indisponível, bem ensina Fink ao mencionar:

---

não é hipótese de arquivamento, tampouco o TAC se mostra viável. Então, a única alternativa é a propositura da ACP. Uma ação dessa natureza leva anos para ser solucionada em caráter definitivo (trânsito em julgado da sentença). Se um processo que versa sobre interesses individuais já é demorado, no Brasil, o que se pode esperar dos feitos envolvendo interesses difusos, que são naturalmente mais complexos? A realidade confirma essas assertivas. Normalmente, as ações civis públicas tramitam durante anos em primeiro grau de jurisdição, e outros tantos nas instâncias recursais”. VIEGAS, Eduardo Coral e MONTEMEZZO, Patrícia. *O meio ambiente e as sociedades de risco: as liminares nas ações ambientais*. In *JURISDIÇÃO E PROCESSO*. Vol. II, Jeferson Marin (ORG). Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 111

<sup>233</sup> MILARÉ, op. cit., p. 189.

<sup>234</sup> “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

<sup>235</sup> FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)*. In *Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 – 15 anos*. Coord. Édís Milaré. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 117.

<sup>236</sup> Idem.

Quando a lei autoriza celebrar-se o ajustamento de conduta, o que se quer é que o infrator ambiental se disponha, mediante a assunção de obrigações, consubstanciada em cláusulas e condições, a recuperar o ecossistema alterado por sua ação ou atividade, de tal forma a recompor integralmente o interesse público representado pelo bem ambiental. Vê-se, assim, que o objeto a ser negociado não é o meio ambiente, mas as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento da obrigação de recuperar integralmente o meio ambiente.<sup>237</sup>

Em que pese o capítulo limitar o estudo nas ações processuais de cunho ambiental, a abordagem do compromisso de ajustamento de conduta se dá em face de sua importância como forma de composição dos litígios de natureza ambiental, dentre outros, ao mesmo tempo em que tem sido prática corriqueira na atuação do Ministério Público, onde, uma vez cumprido, se evita o custo e o dispêndio financeiro de uma demanda judicial, sua eventual morosidade e também um caráter verdadeiramente psicológico em sua celebração, já que “[...] a demonstração da vontade de reparar imediatamente o dano *esfria* ânimos mais exaltados [...]” e ainda [...] “quanto mais cedo acontecer, mais barato será”.<sup>238</sup>

Todavia, embora aparentemente salutar a composição extrajudicial de um litígio de ordem ambiental, alguns aspectos deveriam ser observados, ampliando a participação da negociação não somente entre o *parquet* e o infrator, e sim, ouvindo-se a comunidade, em audiência pública, organizações não-governamentais ou associações legitimadas ao trato ambiental.

Observe-se a importante análise de Antônio Gidi quanto ao compromisso de ajustamento de conduta, na comparação com o direito americano:

Como se vê, a realidade americana é bem mais complexa e delicada que o “compromisso de ajustamento de conduta” previsto pelo direito brasileiro, que, como já demonstramos em outras oportunidades, não é exemplo de verdadeira transação, mas, como o nome diz, um simples reconhecimento, por parte do réu, da existência de um dever jurídico e do compromisso de cumpri-lo.

O poder que o representante americano tem para fazer um acordo em nome do grupo é legitimado por um sistema sofisticado de avaliação judicial da representação adequada, que inclui a aprovação judicial dos termos do acordo, a notificação aos membros ausentes, a audiência, o direito de intervenção e de objeção ao acordo, o direito de auto-exclusão etc. Enquanto o direito brasileiro não estabelecer um procedimento que garanta a adequação do representante e do acordo, dar efeito de coisa julgada *erga omnes* a um acordo coletivo é uma empreitada extremamente arriscada.<sup>239</sup>

Prossegue o autor mencionado se tratar de um problema cultural em nosso país:

Todavia, parece que a verdadeira obsessão que permeia a ideologia do direito brasileiro, através da concepção paternalista de “direitos indisponíveis”, impediria uma maior flexibilização da matéria. Ademais, a realidade é que a realização de acordos judiciais e o cumprimento voluntário do direito não fazem mesmo parte da cultura jurídica dos países de *civil law* e, por mais que se criem “audiências preliminares” ou “de conciliação”, essa

<sup>237</sup> Op. cit., p. 121.

<sup>238</sup> FINK, p. 133.

<sup>239</sup> GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 359.

tendência não será mitigada sem uma profunda alteração na cultura, no Judiciário e no direito substancial, que crie incentivos para o cumprimento voluntário do direito.<sup>240</sup>

A preocupação também alcança os próprios membros do Ministério Público:

A multiplicação de casos a cargo do Ministério Público expõe a meu ver a Instituição a graves riscos, como o do indevido inchaço de seus quadros, o da banalização e burocratização da atuação e, sobretudo, o da perda de eficiência no enfrentamento das questões mais sérias e de maior relevância social.<sup>241</sup>

A questão suscitada torna aparentemente frágil a expectativa criada acerca da possibilidade de composição dos ilícitos ambientais pela via do compromisso de ajustamento de conduta. Todavia, não é o propósito desse estudo a pesquisa acerca da solução mais acertada e sim, disponibilizá-la de forma à compreensão de seu instituto, já que o descumprimento do compromisso alcança, por imediato, o ajuizamento da Ação Civil Pública.

Ajuizada a ACP com base no descumprimento do compromisso de ajustamento de conduta, a ação terá como propósito a execução de obrigação de fazer, no sentido de recuperar, prevenir, fiscalizar ou de não fazer, alcançando medidas que cessem eventuais atividades nocivas ou se abstenha de fazê-lo, sob pena da imposição de multas diárias e de prazos estabelecidos pelo magistrado na sentença.

A sentença da ACP faz coisa julgada *erga omnes*, nos limites da jurisdição do órgão julgador, igualando-se assim aos efeitos da sentença proferida na Ação Popular. No caso de insuficiência de provas “[...] qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de prova nova”.<sup>242</sup> Os recursos a ela cabíveis são os previstos no Código de Processo Civil.

Merece consideração o fato de que eventual sentença de cunho declaratório acerca da nulidade de efeitos de ato administrativo terá alcance limitado às partes nele envolvidos, sendo assim, uma exceção ao efeito anteriormente mencionado. Todavia, para Barros “[...] pela natureza coletiva de determinados atos, a decisão poderá produzir efeitos contra pessoas não presentes no processo”, caso em que “[...] a Administração pública outorga por conta própria efeito coletivo à decisão judicial [...]”.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> MILARÉ, p. 189.

<sup>241</sup> FERRAZ, p. 91.

<sup>242</sup> BARROS, p. 430.

<sup>243</sup> Op. cit., p. 432.

Marchesan alerta para o fato de que “quanto à limitação da coisa julgada *erga omnes* para os limites da jurisdição do magistrado que proferiu a decisão, o STJ já se manifestou contrariamente, embora a matéria não esteja consolidada”.<sup>244</sup>

Pode-se afirmar, que na atualidade, a Ação Civil Pública tem se demonstrado como a ferramenta processual mais utilizada. O fato de que o MP é o autor da demanda, a possibilidade do cidadão formalizar sua denúncia e imediatamente obter o encaminhamento de seu pedido, desde que pertinente é claro, tem estreitado os laços entre o Ministério Público Estadual e o cidadão. Ainda, o próprio Termo de Ajustamento de Conduta traz uma espécie de jurisdição administrativa, entre o *parquet* e o suposto poluidor, que atua de forma célere e faz, na maioria das vezes, cessar o risco ou mesmo o dano ambiental, mediante um acordo extrajudicial.

Mencionada a Ação Popular e a Ação Civil Pública, as demais ações de cunho ambiental ou mesmo, com a possibilidade de intervenção na esfera ambiental, como o Mandado de Injunção Ambiental e o *Habeas Data*, não obtém a mesma repercussão, pelo que Barros menciona que “ante a pouca relevância desses institutos no controle judicial, fica aqui tão somente a informação de sua existência”.<sup>245</sup>

Entretanto, ainda com habitual utilização, o Mandado de Segurança, quer seja individual ou coletivo, alcança se traduzir, na jurisdição ambiental, como uma ferramenta de controle dos possíveis atos ilícitos de autoria do gestor público.

Sem grandes divagações acerca de sua utilização, “é uma das maiores garantias criadas pelo direito para proteger o grupo de cidadãos da prepotência do Estado e por consequência de uma forma de ação de controle dos atos administrativos abusivos”.<sup>246</sup>

O que difere entre o Mandado de Segurança Coletivo e Individual é apenas no aspecto da legitimidade ativa. Pode ainda o *mandamus* adquirir uma feição preventiva, bastando a instrução com a prova pré-constituída.

Quanto ao Mandado de Injunção Ambiental, Fiorillo ensina que

[...] é instrumento hábil para tutelar o meio ambiente, na medida em que o direito ambiental tem como objetivo uma vida de qualidade. Em outras palavras, não se tutela somente a vida, acrescenta-se a esta uma exigência: qualidade. Falar de vida com qualidade é buscar tornar efetivos os preceitos dos arts. 5º. e 6º. da Constituição, e estes são indiscutivelmente objeto do mandado de injunção, porquanto ostentam a natureza de direitos constitucionais.<sup>247</sup>

---

<sup>244</sup> Op. cit., p. 281.

<sup>245</sup> Op. cit., p. 433.

<sup>246</sup> BARROS, op. cit., p. 416.

<sup>247</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª. Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 615.

O mandado de injunção se dá nos casos de ausência de norma regulamentadora sobre determinada matéria, no caso, de cunho ambiental, ou mesmo, em caso de norma que contemple parte de determinada regulamentação, é cabível esse remédio constitucional apenas na parte que se encontra omissa em relação ao fato a ser tutelado.

A legitimidade e o rito processual não encontram profunda discussão doutrinária, vez que a regra a ser aplicada é a mesma do mandado de segurança, tema esse pacífico entre os autores pesquisados.

Ensina Fiorillo que o alcance da sentença “[...] na defesa de direitos individuais opera efeitos apenas no caso concreto a que se prestou a efetivar. Por outro lado, tratando-se de bens ou valores ambientais, portanto bens de natureza difusa, a sentença atingirá [...] toda a coletividade”.<sup>248</sup>

### **3.3 A judicialização da política: a afirmação da democracia e a negação das políticas clientelistas nos governos municipais**

Por força da Constituição da República, que garantiu ao município a autonomia organizatória, há possibilidade do gestor municipal adotar políticas públicas que visem combater a desigualdade entre os seus munícipes, vez que, a proximidade local lhe permite disponibilizar ações mais acertadas em busca do bem estar social.

Para Ponte Neto “a descentralização postula otimizar o gerenciamento da administração pública às conquistas sociais. O avanço do legado constitucional foi escrever a autonomia e a essencialidade da participação popular para a concretização de suas aspirações”.<sup>249</sup>

Em que pese a União ter concedido uma espécie de “maioridade” aos municípios, dando-lhes a autonomia necessária, não o fez na mesma forma proporcional em relação ao repasse dos recursos financeiros. Assim, a ausência de dotação orçamentária não permite que o município atenda a todas as demandas que lhe são postas diariamente.

Pode-se analisar tal fato de forma simples. A segurança, dever do Estado, resta suportada pelos municípios, através da manutenção dos Conselhos de Pró-segurança Pública, conhecidos como CONSEPRO, e criados justamente com o propósito de prover recursos, através de doações de empresários e parcerias com o poder público municipal. Em que pese a segurança ser um dever do Estado e se tratando de “dever”, haveria a necessidade de

---

<sup>248</sup> Idem, p. 623.

<sup>249</sup> PONTE NETO, José Júlio da. *Poder público local e cidadania: atores políticos sociais na construção da democracia participativa no município de Fortaleza: uma análise dos anos de 1990 a 2004*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008, p. 251.

contemplar o suporte a toda estrutura, são os municípios que provém os efetivos na manutenção de automóveis, instalações prediais e até mesmo residenciais. Sobre tal ação, não há nenhuma contrapartida do ente estatal que se omite na sua obrigação.

Na saúde a condição é a mesma. Ações mandamentais são propostas em desfavor dos municípios, muitas vezes pleiteando medicamentos de funcionalidade duvidosa. Os municípios são condenados, por vezes de forma solidária com o Estado a fornecer tais medicamentos, sob pena de bloqueio de valores em suas contas bancárias.

Tal condição, efetivada pelo Judiciário, lhe permite, com base nos direitos e garantias constitucionais do paciente, determinar o cumprimento de políticas públicas e mesmo, de obrigar o gestor municipal a garantir direitos que, por vezes, nem lhe são pertinentes. Há de se referir que nos pequenos municípios, distante por vezes das capitais, os munícipes não dispõem de outra possibilidade de atendimento que não sejam as instalações municipais de saúde existentes. Assim, os tributos arrecadados são partilhados entre os entes, mas somente o município suporta obrigações decorrentes das garantias previstas na Constituição, dentre as quais a saúde, a segurança e afins.

No meio ambiente, em busca da sustentabilidade local e regional, não é outra a realidade. Não se verificam, salvo exceções, ações compartilhadas no sentido de se prover as cidades de saneamento básico, potabilidade dos recursos hídricos, destinação correta dos resíduos sólidos e afins. Os municípios não obtém suporte, nem da União e nem dos Estados para elaborarem e idealizarem suas políticas de bem estar social, voltadas à sustentabilidade.

Muitos desses municípios não dispõem de mão-de-obra técnica especializada para elaboração de projetos, captação de recursos ou mesmo, execução dos projetos aos quais a verba se encontra disponível. Não o fazem e não obtém dos estados o auxílio necessário para tais implementos.

Nesse contexto está posicionado o Judiciário, como garantidor das políticas públicas e do reconhecimento da efetividade de aplicação dos direitos constitucionais e mesmo, normas infraconstitucionais. Como ensina Ponte Neto:

A bandeira do Judiciário está fincada na afirmação da ordem social e na negação das negações, provenientes dos titulares investidos na administração pública. Concretizam-se o direito e as obrigações dos atores políticos sociais.<sup>250</sup>

Todavia, nem todas as ações se demonstram no ponto de vista do autor e mesmo do judiciário. Cada vez que o cumprimento de um comando judicial bloqueia valores nas contas de um município, não conhece que, daquela mesma rubrica, poderão faltar, nos meses a

---

<sup>250</sup> Op. cit., p. 257.

seguir, o combustível ou a manutenção de uma ambulância. Não é o simples comando judicial que resolve o problema do reconhecimento dos direitos constitucionais, já que há uma estrutura financeira e legal a qual o gestor municipal deve cumprir, chamada de orçamento público.

Para Ponte Neto,

O processo histórico da judicialização das relações políticas e sociais tem o condão de desalgar o cidadão para exercer seus direitos sem receios de ser adjetivado apenas como destinatário dos resultados das políticas públicas gestadas nos gabinetes. Ao contrário, efetivar-se-á nele a condição de soberano e promotor de seu próprio destino social.<sup>251</sup>

Nas ações ambientais que foram referidas nesse estudo, está bem demonstrada a possibilidade de atuação do cidadão através de demandas judiciais ou da provocação do Ministério Público. Todavia, também fora debatido uma espécie de crise existencial do Judiciário, representados pelos juizes que se entendem reféns de peritos e técnicos em ações cujo conhecimento transcende os diplomas processuais existentes. Ao mesmo tempo, o Ministério Público se recente do possível inchaço de seus quadros para atender as demandas sociais que lhe são postas.

Não há dúvidas que o Judiciário, em nome do Estado<sup>252</sup>, muito mais do que a jurisdição, chamou para si a efetivação dos direitos fundamentais e das políticas públicas a serem implementadas principalmente os municípios. Todavia, ao lançar mão de tal posicionamento, pouco tem observado que sua atuação pode desencadear uma reação inversa, ao garantir a esse determinado direito, enquanto àquele a ausência de orçamento decorrente da má repartição dos tributos pode lhe negar um direito tanto quanto ou mais importante ao que foi concedido pela mão judicial.

Como bem leciona Regina Zaquia Capistrano da Silva:

[...] deve o Estado buscar, sempre, o bem estar-social, por meio da organização das leis que vigoram em uma sociedade. Será o Estado tomado pela sociedade como um modelo, um exemplo a ser seguido.<sup>253</sup>

No sentido da necessária intervenção do Estado, também é a manifestação de Adir Ubaldo Rech, lecionando que:

<sup>251</sup> Idem, p. 261.

<sup>252</sup> Para Reis e Leal: “Na verdade, estamos convictos (os autores deste volume) de que o Estado contemporâneo encontra-se dividido entre tarefas e exigências dificilmente conciliáveis (regular o mercado e as relações de produção no sentido de humanizar mais o capitalismo e garantir os direitos humanos e fundamentais) e nessa medida, frequentemente, as políticas governamentais refletem ambigüidade. Decorre disso a emergência frequente de uma crise de legitimação das instituições representativas – a começar pelas estatais -, fruto do fato de que a intervenção maior do Estado e a expressão de seus aparelhos não são acompanhadas de nenhum aprofundamento de participação política democrática”. Op. cit., p. 1522.

<sup>253</sup> SILVA, Regina Zaquia Capistrano da. *Responsabilidade Civil Ambiental*. In NALINI, José Renato. Juizes doutrinadores: doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Campinas, SP: Millenium Editora, 2008, p. 90.

As atuais crises do Estado brasileiro, com a crise fiscal, a crise de credibilidade, a crise de legitimidade, a crise custo/benefício, com repercussões na carga tributária suportada pela população, na competitividade de nossos produtos para exportação, no desemprego, entre outras, passam obrigatoriamente pela eficiência do Estado. Ao contrário do que afirmam os neoliberais de que o Estado só atrapalha e por isso seria bom que não existisse, acredita-se que o Estado precisa ser capaz de garantir os direitos fundamentais e distribuir bem-estar, coordenando políticas públicas cujos particulares não têm interesse em fazê-lo.<sup>254</sup>

Portanto, o que se depreende é que esse novo papel do Judiciário, como idealizador das políticas públicas ou como chancelador das legalidades e constitucionalidade das ações do gestor público, em especial o municipal<sup>255</sup>, permite combater políticas clientelistas daqueles que batem às portas dos gabinetes pleiteando interesses próprios, inclusive na esfera ambiental, como licenciamento de loteamentos irregulares ou atividades potencialmente poluidoras e afins.

Também permite o controle dos atos do Executivo, pelas ações judiciais aqui elencadas e do Legislativo, através do controle da constitucionalidade das leis. A harmonia dos poderes, premissa da teoria de Montesquieu aparenta uma nova interpretação em face das necessidades do estado do bem-estar social e da nova projeção do Judiciário em detrimento aos outros poderes, cujo foco é o bem maior para a coletividade, independentemente da forma de preservação ambiental.

---

<sup>254</sup> RECH, Adir Ubaldó. *A exclusão social e o caos nas cidades: um fato cuja solução também passa pelo direito como instrumento de construção de um projeto de cidade sustentável*. Caxias do Sul: Educ, 2007, p. 66.

<sup>255</sup> Sobre a atividade legislativa do Poder Executivo, remete-se à leitura de CLÉVE, Clémerson Merli. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificado o reconhecimento do meio ambiente como um bem supremo da modernidade, sua afirmação e seu reconhecimento pelos entes estatais, tratou o presente trabalho de abordar a atuação da administração pública municipal na gestão dos recursos ambientais e a participação popular no controle dos atos dos agentes públicos e políticos.

Reconhecido o meio ambiente como direito fundamental, seu status permite com maior ênfase à provocação, pelo cidadão, do controle pela via judicial das leis e dos atos administrativos que podem causar dano ao meio ambiente, atuando assim na prevenção e por vezes na repressão das práticas da administração pública que podem agredir as reservas ambientais.

O indivíduo pode participar desse controle de forma direta, pelas ações judiciais que lhe são pertinentes; pela provocação do Ministério Público e do Tribunal de Contas e mesmo, pelo direito democrático do voto, escolhendo os seus representantes com base nas propostas de governo mais salutares.

Entretanto, se demonstrou que a provocação judicial para tutela dos direitos ambientais ainda encontra óbice na própria formação cultural do processo, vez que sua criação se deu para tutelar direitos privados, onde é plenamente possível distinguir autor e réu e os alcances da sentença.

Ao mesmo tempo em que o judiciário, como idealizador de políticas públicas busca reconhecer e resguardar os direitos do cidadão que são violados por atos decorrentes da administração pública, se verifica o inchaço de seus quadros e o risco de afronta ao consagrado princípio da separação dos poderes.

Nesse contexto, o Ministério Público tem atuado de forma preventiva nas ações de degradação ambiental, através das ferramentas que lhe são pertinentes, como o Compromisso de Ajustamento de Conduta e a própria Ação Civil Pública, elementos que se traduzem por vezes, em ações pedagógicas no cumprimento do reconhecimento e afirmação do bem ambiental tutelado.

O Tribunal de Contas também carrega importante papel na fiscalização das contas e atos do Poder Executivo, inclusive atuando na preservação ambiental, através da auditoria dos procedimentos idealizadores desse fim.

Assim, uma vez elencados os atores, as ferramentas e os eventuais entraves na defesa do bem ambiental, buscou-se demonstrar a necessidade de reformulação do atual modelo de gestão política, de gestão processual, com o abrandamento dos princípios de cunho eminentemente individual nas ações ambientais e mesmo, e da própria atuação do cidadão, na defesa e na preservação do meio ambiente, como pressuposto para garantia de sua própria sobrevivência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGUSTIN, Sérgio. *Discricionariedade técnica e conceitos indeterminados*. Revista da Faculdade de Direito/UCS. No. 15, Caxias do Sul : Educs. 2006.

BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*. 4ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

BARALDI, Cláudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. Luhmann in Glossário. *I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. 2ª. ed. Milano: Franco Angeli, 1997.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001.

BECH, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2008.

BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. *Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Estudo de Impacto de Vizinhança*. In AHMED, Flávio e COUTINHO, Ronaldo. *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti: São Paulo: Edipro, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. O Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acessos à justiça*. Florianópolis : Habitus, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

DE GIORGI, Raffaele. *Democracia, Estado e Direito na Sociedade Contemporânea*. Tradução de Juliana N. Magalhães. In: Cadernos do legislativo, nº.4. Belo Horizonte, 1995.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros. 1994.

\_\_\_\_\_. *Princípios Gerais do Direito Processual*. In CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 22ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho (público y privado)*. Buenos Aires : Editorial Helialista SRL, /s.d./.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª. Edição, atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

FRANCO SOBRINHO. Manoel de Oliveira. *O princípio Constitucional da moralidade administrativa*. 2ª. Ed. Curitiba : Gênese. 1993.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público*. In Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 – 15 anos. Coord. Édis Milaré. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)*. In Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 – 15 anos. Coord. Édis Milaré. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª. Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Tutela do meio ambiente em face de seus aspectos essenciais: os fundamentos constitucionais o direito ambiental*. In Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 – 15 anos. Coord. Édis Milaré. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

GARAPON, Antonie. *O Guardador de Promessas*. Trad.: Francisco Aragão. Lisboa: Piaget. 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 1986.

GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

HERMANY, Ricardo. *Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para regularidade dos atos da administração*. In Direitos Sociais & Políticas Públicas – Desafios Contemporâneos. Tomo 6. Org: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1.731 a 1.754.

IZA, Alejandro. *Aguas, flujos ambientales y conservacion de la vida silvestre*. In Fauna, Políticas Públicas e Instrumentos Legais. Antônio Herman Benjamin, organizador. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6ª. Edição. São Paulo: M. Fontes, 1998.

KRELL, Andréas Joachim. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A Judicialização da política*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOBATO, Anderson O. Cavalcante. *Os Desafios da Proteção Jurisdicional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais*. Revista Estudos Jurídicos. São Leopoldo RS: Ed. UNISINOS. n. 86, p. 5-24, 1999.

\_\_\_\_\_. *Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. *O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito de Curitiba, 1995.

LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1996.

LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. *A autonomia do processo constitucional e a legitimação para agir na tutela dos direitos coletivos: a dimensão publicista da jurisdição*. In Jurisdição e Processo. Jeferson Marin, coord. Porto Alegre: Juruá Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. e MARIN, Jeferson. *Educação e cidadania na ciência jurídica: os contributos da teoria da complexidade para a alfabetização ecológica*. Direito, ambiente e políticas públicas. Carlos Alberto Lunelli (Org.). Curitiba: Juruá, 2010. p. 14 a 30.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira, STEIGLEDER, Annelise Monteiro e CAPELLI, Silvia. *Direito Ambiental*. 6ª. Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2010,

MARIN, Jeferson. *A constituição desconstituída: antecedentes históricos e o retrato das crises do estado moderno*. Revista Científica do Instituto de Pesquisa Cenecista. Bento Gonçalves : FACEBG. Ano 3, No. 3, Dez/2005.

MATEO, Ramon Martin. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I, Madrid: Trivium. 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 10ª. Ed. Ver., ampl., atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª. Ed. São Paulo : Malheiros. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Celso Bastos Editor: São Paulo, 1998.

MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública por Dano ao Ambiente*. In Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 – 15 anos. Coord. Édis Milaré. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

MODENA, César Augusto. *A Constitucionalização de Gaia*. In Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade. Org. Agostinho O. K. Pereira e Cleide Calgaro. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 15ª. Ed.. São Paulo : Atlas, 2004.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Os Direitos Difusos nas Grandes Concentrações Demográficas*. Revista de Processo nº 70. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr/jun 1993.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2ª. Ed. rev., atual. e ampl. (de acordo com o Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/01 – e com o novo Código Civil, Lei n. 10.406/) São Paulo: Dialética, 2002.

NALINI, José Renato. *Juizes doutrinadores: doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Campinas, SP: Millenium Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

\_\_\_\_\_. *A natureza à margem da Lei – A ecologia a prova do Direito*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995,

PONTE NETO, José Júlio da. *Poder público local e cidadania: atores políticos sociais na construção da democracia participativa no município de Fortaleza: uma análise dos anos de 1990 a 2004*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

RECH, Adir Ubaldo. *A exclusão social e o caos nas cidades: um fato cuja solução também passa pelo direito como instrumento de construção de um projeto de cidade sustentável*. Caxias do Sul: Educs, 2007.

REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta, Org. *Editorial: Ainda os direitos de participação social: cantilenas recorrentes*. In *Direitos Sociais & Políticas Públicas – Desafios Contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1521 a 1523.

RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório Azul 2007: garantias e violações dos direitos humanos*. Porto Alegre (RS): Assembléia Legislativa, 2007,

ROCHA, Leonel Severo. *A construção do tempo pelo direito*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

\_\_\_\_\_. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

\_\_\_\_\_. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo : Ed. Pierópolis, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1996.

SILVA, Regina Zaquia Capistrano da. *Responsabilidade Civil Ambiental*. In NALINI, José Renato. Juizes doutrinadores: doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Campinas, SP: Millenium Editora, 2008, p. 73 a 94.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto e ROCHA, Leonel Severo. *A forma dos conflitos ecológicos na perspectiva de Niklas Luhmann*. In *Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Org. Agostinho O. K. Pereira e Cleide Calgaro. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989,

\_\_\_\_\_. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

VIEGAS, Eduardo Coral. *Gestão da água e princípios ambientais*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008.

\_\_\_\_\_ e MONTEMEZZO, Patrícia. *O meio ambiente e as sociedades de risco: as liminares nas ações ambientais. In JURISDIÇÃO E PROCESSO*. Vol. II, Jeferson Marin (ORG). Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 101 a 116.