

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

**LUCÉLIA SIMIONI MACHADO**

**PONDERAÇÃO DE BENS E OTIMIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE  
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA COLISÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA  
TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY**

**CAXIAS DO SUL**

**2014**

**LUCÉLIA SIMIONI MACHADO**

**PONDERAÇÃO DE BENS E OTIMIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE  
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA COLISÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA  
TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY**

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

Orientador:

Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira

**CAXIAS DO SUL**

**2014**

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

M149p Machado, Lucélia Simioni, 1978-  
Ponderação de bens e otimização do direito no meio ambiente  
ecologicamente equilibrado na colisão de direitos fundamentais : uma  
abordagem a partir da teoria dos direitos fundamentais de Alexy / Lucélia  
Simioni Machado. - 2014.  
214 f. ; 30 cm

Apresenta bibliografia.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa  
de Pós-Graduação em Direito, 2014.  
Orientador: Prof. Dr. Clávis Eduardo Malinverni da Silveira.

1. Direitos fundamentais. 2. Proporcionalidade (direito). 3.  
Precaução (direito). 4. Razão prática. 5. Alexy, Robert, 1945-. I. Título.

CDU 2.ed.: 342.7

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direitos fundamentais	342.7
2. Proporcionalidade (direito)	340.114
3. Precaução (direito)	349.6
4. Razão prática	340.114
5. Alexy, Robert, 1945-	1ALEXY

Catálogo na fonte elaborada pela bibliotecária  
Nicole Tirello Acquilini - CRB 10/2297



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

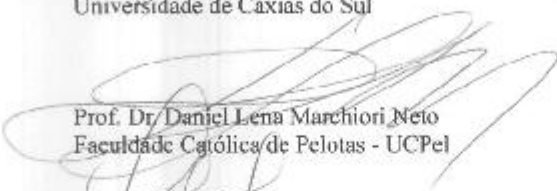
**"PONDERAÇÃO DE BENS E OTIMIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE  
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA COLISÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DE ALEXY".**

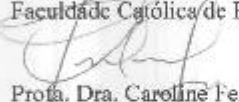
**Lucélia Simioni Machado**

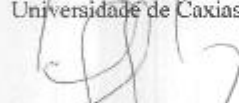
Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada  
pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito –  
Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos  
necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de  
Concentração: Direito Ambiental e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

Caxias do Sul, 26 de Novembro de 2014.

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

  
Prof. Dr. Daniel Lena Marchiori Neto  
Faculdade Católica de Pelotas - UCPel

  
Prof. Dra. Caroline Ferri  
Universidade de Caxias do Sul

  
Prof. Dr. Wilson Steinmetz  
Universidade de Caxias do Sul



## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois sem ele não seria capaz de seguir em frente.

Aos meus pais, José M. Machado e Lorena Simioni Machado (*in memoriam*) pelos valores que me foram passados e que sempre levarei comigo. Minha querida Mãe, que partiu no decorrer do Mestrado, obrigada pelo incentivo a estudar sempre e a realizar os meus objetivos. Nunca mediu esforços para proporcionar o melhor aos seus filhos, Lucélia e Paulo. Muito obrigada por tudo!

Ao meu esposo, Evandro Antônio Rigotti, pela compreensão e incentivo a estudar e a fazer aquilo que me tornasse feliz. Obrigada pelo companheirismo e compreensão nas horas de ausência. Você faz parte desta conquista. Obrigada meu Amor!

Agradeço ao meu orientador, professor Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira pela ajuda prestimosa e pela paciência na elaboração deste trabalho. Muito obrigada, professor Clóvis, por me ajudar a finalizar este trabalho, incentivando-me a concluí-lo com sucesso.

Aos colegas da turma 2012, obrigada pelo convívio durante as aulas, em especial a colega Taísa Villa Furlanetto, agradeço pela parceria durante as nossas “andanças” pelo Conpedi.

Agradeço à Andreza de Souza Toledo, uma pessoa admirável, compromissada com aquilo que faz. Não mede esforços para ajudar os colegas e amigos que a ela recorrem nos momentos difíceis. Obrigada pela preciosa parceria, não só na academia, mas fora dela. Você é uma irmã que posso contar nas horas difíceis. Obrigada!

Aos professores do curso de Mestrado, pelos ensinamentos transmitidos no decorrer desses dois anos. Agradeço ao professor Dr. Jeferson Dytz Marin, que me incentivou, ainda na graduação, a realizar a prova para ingresso no Mestrado.

Agradeço à Secretaria do Curso de Mestrado, sobretudo à Francielly Pattis e à Tatiana Assoni pela permanente disponibilidade e celeridade nas inúmeras tarefas atribuídas na Secretaria.

Também, não poderia esquecer de agradecer a minha querida professora orientadora da graduação, Karen Irena Dytz Marin, que acreditou em mim, incentivando-me a ingressar no Mestrado em Direito. Obrigada!

*Tudo o que existe e vive precisa ser cuidado para continuar a existir e a viver: uma planta, um animal, uma criança, um idoso, o planeta Terra. Uma antiga fábula diz que a essência do ser humano reside no cuidado. O cuidado é mais fundamental do que a razão e a vontade.*

Leonardo Boff

## RESUMO

O pensamento jurídico tem apresentado dinamismo nas discussões em torno de um novo paradigma de teoria do Direito. O modelo positivista estruturalista consolidado por Hans Kelsen (a norma jurídica que regula o comportamento humano, o dever ser), eminentemente lógico-dedutivo, preconiza um método subsuntivo de aplicação das normas jurídicas, ou seja, dedutivo e discricionário, uma vez que permite ao intérprete buscar a forma como irá aplicar a norma, dentre as várias possibilidades reconhecidas pelo positivismo jurídico, quando as diretrizes normativas que sustentam o ordenamento jurídico (modelo de regras) não são suficientes para atingir a eficácia plena na solução de um caso concreto. As questões das lacunas de abertura e dos *déficits* de indeterminação no ordenamento jurídico brasileiro apresentados pelo modelo constitucionalista, especialmente as questões que envolvam as colisões de direitos fundamentais, favorecem uma interpretação expansiva das disposições normativas. A subsunção e o modelo discricionário, característicos do discurso lógico-dedutivo, ou seja, do pensamento positivista que marcou a base da teoria Kelsiana são contestados a partir da dialética e do discurso prático geral proposto por Alexy. A perspectiva da separação das normas jurídicas em regras (modelo adotado por Hart) e princípios (modelo adotado por Dworkin) traz à tona um modelo jurídico-político que permite a aplicação das normas jurídicas pelo julgador através da utilização de um raciocínio indutivo (princípios), não exclusivamente dedutivo (regras) nas decisões judiciais. O pensamento de Dworkin serve de referência à teoria da fundamentação jurídica de Alexy. Nessa perspectiva, Alexy defende, através do seu discurso jurídico prático, a introdução de princípios para justificar os *déficits* de racionalidade e discricionariedade sob uma pretensão de correção do discurso jurídico, superando a relação estreita entre o Direito e a Moral e propondo um amplo redimensionamento na estrutura da ordem jurídica positivista. Esse modelo de raciocínio jurídico vem sofrendo uma série de críticas e debates na esfera político-jurídico e ideológico, uma vez que seu discurso prático também é marcado por lacunas de racionalidade e subjetividade, especialmente nos casos que envolvem as colisões de direitos fundamentais. Partindo da compreensão inicial de que os direitos fundamentais são passíveis de colisão e de ponderação, configurando-se posições jurídicas definitivas e *prima facie*, conforme o pensamento de Alexy, a questão da resolução dessas colisões exige, por parte do intérprete, o estabelecimento de critérios e parâmetros que sejam suficientemente sólidos e racionais e que possam conduzir para uma solução adequada, motivada ou intersubjetivamente controlável, sem levar ao risco de subjetivismo e decisionismo judiciais. Insta salientar que a teoria dos princípios proposta por Alexy não consegue garantir toda a complexidade do sistema dos direitos fundamentais, especialmente a possibilidade de assegurar a resolução de colisões entre o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado com outros direitos fundamentais de maneira juridicamente segura. Além dessas formulações filosófico-doutrinárias inspiradas na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy, propõe-se, também, analisar o fenômeno da colisão de direitos fundamentais a partir de casos concretos apresentados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de verificar a sua atuação nas decisões que envolvam o juízo de ponderação de bens. Nesse sentido, uma vez que a *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy não satisfaz plenamente as hipóteses de colisão de direitos fundamentais, propõe-se, com este trabalho, verificar até que ponto o princípio da ponderação de bens permite conferir uma racionalidade à decisão judicial nos casos em que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado colide com outros direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Colisão de Direitos fundamentais; Princípio da proporcionalidade; Princípio da precaução; Ponderação de bens; Racionalidade; Risco.

## ABSTRACT

The legal thought has shown dynamism in discussions about a new law theory paradigm. The structuralist consolidated positivist model by Hans Kelsen (the legal standard governing human behavior, should be), eminently logical-deductive, advocates a subsuntivo method of application of legal rules, ie, deductible and discretionary, as it allows the interpreter look how it will apply the rule, among the various possibilities recognized by legal positivism, when the normative guidelines that underpin the legal system (model rules) are not sufficient to achieve full effectiveness in solving a case. The issues of opening gaps and indeterminacy deficits in Brazilian law submitted by the constitutional model, especially the issues involving fundamental rights of collisions, favor an expansive interpretation of the regulatory provisions. The subsumption and the discretionary model, characteristic of logical-deductive discourse, that is, of positivist thinking that marked the foundation of Kelsiana theory are contested from the dialectic and practical general discourse proposed by Alexy. The prospect of the separation of legal provisions in rules (model adopted by Hart) and principles (model adopted by Dworkin) brings up a legal-political model that allows the application of legal rules by the judge through the use of an inductive reasoning (principles) not exclusively deductive (rules) in judicial decisions. The thought of Dworkin is a reference to the theory of legal reasoning of Alexy. From this perspective, Alexy argues, through its practical legal discourse, the introduction of principles to justify the rationality deficits and discretion in a correction claim of legal discourse, exceeding the close relationship between the Right and the Moral and proposing a broad resizing in structure of positivist law. This legal reasoning model has suffered a lot of criticism and debate in the political-legal and ideological sphere, since its practical discourse is also marked by gaps of rationality and subjectivity, especially in cases involving fundamental rights of collisions. From the initial understanding that fundamental rights are subject to collision and weighting, setting up final and prima facie legal positions, as the thought of Alexy, the issue of resolution of such collisions requires, on the part of the interpreter, the establishment of criteria and parameters that are sufficiently solid and rational and that could lead to an appropriate solution, motivated or intersubjectively controllable, without the risk of subjectivism and judicial decisionism. Calls point out that the theory of principles proposed by Alexy can not guarantee all the complexity of fundamental rights system, especially the ability to ensure the resolution of collisions between the fundamental right to a healthy and ecologically balanced environment with other fundamental rights of legally safe way. In addition to these philosophical and doctrinal formulations inspired by the work Theory of Fundamental Rights of Alexy, it is proposed also to analyze the phenomenon of the fundamental rights of an impact from concrete cases presented in the jurisprudence of the Supreme Court in order to verify its performance in decisions involving the judgment of weighting assets. In this sense, as the Theory of Fundamental Rights of Alexy does not fully satisfy the assumptions of fundamental rights of collision, it is proposed, with this work, check to what extent the principle of weighting assets allows confer rationality judicial decision in where the right to an ecologically balanced environment collides with other fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights Collision; Proportionality principle; Precautionary Principle; Weight of goods; rationality; Risk.



## RESUMEN

El pensamiento jurídico ha mostrado dinamismo en las discusiones sobre un nuevo paradigma de la teoría del derecho. El estructuralista consolidó modelo positivista de Hans Kelsen (la norma legal que rige el comportamiento humano, el deber ser), eminentemente lógico-deductivo, aboga por un método subsuntivo de aplicación de las normas legales, es decir, deducibles y discrecionales, ya que permite la intérprete mira cómo se aplica la regla, entre las diversas posibilidades reconocidas por el positivismo jurídico, cuando los lineamientos normativos que sustentan el sistema legal (normas modelo) no son suficientes para lograr la máxima eficacia en la resolución de un caso. Las cuestiones de la apertura de brechas y déficits de indeterminación en el derecho brasileño presentado por el modelo constitucional, especialmente los temas relacionados con los derechos fundamentales de las colisiones, favorecen una interpretación expansiva de las disposiciones reglamentarias. La subsunción y el modelo discrecional, característica del discurso lógico-deductivo, es decir, del pensamiento positivista que marcó la fundación de la teoría Kelsiana son impugnados de la dialéctica y el discurso general práctico propuesto por Alexy. La perspectiva de la separación de las disposiciones legales en las reglas (modelo adoptado por Hart) y principios (modelo adoptado por Dworkin) plantea un modelo jurídico-político que permita la aplicación de las normas jurídicas por el juez a través del uso de un razonamiento inductivo (principios) no exclusivamente deductivo (reglas) en las decisiones judiciales. La idea de Dworkin es una referencia a la teoría del razonamiento jurídico de Alexy. Desde esta perspectiva, Alexy sostiene, a través de su discurso jurídico práctico, la introducción de principios para justificar el déficit de racionalidad y discreción en una demanda de corrección del discurso jurídico, superior a la estrecha relación entre el Derecho y la Moral y la propuesta de un amplio cambio de tamaño en estructura del derecho positivista. Este modelo de razonamiento jurídico ha sufrido muchas críticas y el debate en el ámbito político-jurídico e ideológico, ya que su discurso práctico también está marcada por las lagunas de la racionalidad y de la subjetividad, especialmente en los casos relacionados con los derechos fundamentales de las colisiones. A partir de la comprensión inicial de que los derechos fundamentales son objeto de la colisión y la ponderación, la creación de puestos legales facie finales y prima, como el pensamiento de Alexy, el tema de la resolución de tales colisiones requiere, por parte del intérprete, el establecimiento de criterios y los parámetros que sean lo suficientemente sólida y racional y que podría conducir a una solución adecuada, motivada o intersubjetivamente controlable, sin el riesgo de subjetivismo y el decisionismo judicial. Pide señalan que la teoría de los principios propuestos por Alexy no puede garantizar toda la complejidad del sistema de derechos fundamentales, especialmente la capacidad de garantizar la resolución de las colisiones entre el derecho fundamental a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado con otros derechos fundamentales de manera legalmente segura. Además de estas formulaciones filosóficas y doctrinarias inspirados en la obra Teoría de los Derechos Fundamentales de Alexy, se propone también para analizar el fenómeno de los derechos fundamentales de un impacto a partir de casos concretos que se presentan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con el fin de verificar su rendimiento en las decisiones relacionadas con el juicio de ponderar los activos. En este sentido, como la Teoría de los Derechos Fundamentales de Alexy no satisface plenamente los supuestos de los derechos fundamentales de la colisión, se propone, con este trabajo, comprobar en qué medida el principio de ponderar los activos permite conferir decisión judicial racionalidad en donde el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado choca con otros derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Colisión de los derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, principio de precaución, ponderación de los bienes; Racionalidad; Riesgo.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, MEIO AMBIENTE E EVOLUÇÃO DO ESTADO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO – ELEMENTOS INICIAIS PARA A COMPREENSÃO DO NOVO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO.....</b>	<b>33</b>
2.1 EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO: PRESSUPOSTOS DO NOVO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO – NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	40
2.2 ESTADO LIBERAL DE DIREITO: LIBERDADE INDIVIDUAL, SEGURANÇA JURÍDICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA GERAÇÃO.....	45
2.3 ESTADO SOCIAL DE DIREITO: IGUALDADE SOCIAL, MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO.....	54
2.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SOLIDARIEDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO.....	73
2.5 A CRISE AMBIENTAL, A SOCIEDADE DE RISCO E A NECESSIDADE DE UM NOVO MODELO DE ESTADO DE DIREITO: O ESTADO SOCIOAMBIENTAL.....	89
<b>3 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY E A SUA PROPOSTA DE COMPREENSÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE.....</b>	<b>106</b>
3.1 A TEORIA ESTRUTURAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY: REGRAS, PRINCÍPIOS E VALORES.....	107
3.2 O FENÔMENO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO RESTRITO E AMPLO.....	117

3.3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO OU COMO UM TODO.....	125
3.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS SEUS SUBPRINCÍPIOS NO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY.....	145
<b>4. A IMPORTÂNCIA DA RACIONALIDADE AMBIENTAL COMO ELEMENTO DE COMPREENSÃO DA RELAÇÃO ENTRE O HOMEM E O MEIO AMBIENTE.....</b>	<b>147</b>
4.1 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES INDISPENSÁVEIS A UMA NOVA RACIONALIDADE AMBIENTAL.....	158
4.2 AS POSSIBILIDADES DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA RACIONALIDADE AMBIENTAL: UMA INTERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA EQUIDADE INTERGERACIONAL, DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO.....	174
4.3 PRECAUÇÃO E PONDERAÇÃO DE BENS ECOLÓGICOS E ANTROPOLÓGICOS: O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO LIMITE DA RAZÃO PRÁTICA NO PLANO CONSTITUCIONAL.....	182
4.4 O PESO DOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE E DA SUSTENTABILIDADE PARA GARANTIR EQUILÍBRIO E EQUIDADE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NAS DECISÕES QUE ENVOLVEM A PONDERAÇÃO DE BENS NA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	192
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>199</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>203</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a colisão de direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade, especialmente em sentido restrito – a ponderação de bens. A partir do pensamento de Alexy, busca-se compreender como a ponderação de bens é aplicada como instrumento na solução da colisão de direitos fundamentais que envolvem o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, com outros direitos fundamentais, como o direito à propriedade e ao desenvolvimento econômico.

A formulação do problema e da hipótese, neste trabalho, atenta-se para o postulado da racionalidade à decisão judicial, ou seja, a aplicação do princípio parcial da proporcionalidade – a ponderação de bens (conforme pensada por Alexy), satisfaz o postulado da racionalidade, conferindo segurança jurídica quando houver dois ou mais bens constitucionalmente protegidos em rota de colisão ou proporciona uma abertura discursiva excessiva que pode levar ao “decisionismo” e à diluição do direito na moral, ou seja, indaga-se se o pensamento de Alexy é suficiente para solucionar, de maneira sólida e racional os casos de colisão entre bens juridicamente protegidos constitucionalmente.

O objetivo geral do presente trabalho é trazer ao debate o tema da colisão de direitos fundamentais, analisando quando um bem ambiental colide com outro bem constitucionalmente protegido e, verificar, até que ponto, a ponderação de bens confere racionalidade e legitimidade às decisões judiciais a serem tomadas no contexto de um Estado Democrático e Socioambiental de Direito.

A análise dos direitos fundamentais sob o prisma da colisão dos direitos fundamentais é extremamente relevante para a teoria constitucional, uma vez que a presença do tema ambiental exerce muitas discussões na doutrina e na prática jurisdicional.

O fato é que há a necessidade de analisar e de se discutir a problemática em torno do fenômeno da colisão de um bem ambiental com outros bens protegidos constitucionalmente; vale frisar a importância que a Carta Política de 1988, no seu artigo 225 e incisos seguintes representa na proteção do meio ambiente. Ela constitui-se em fonte primordial para alcançar a compreensão entre o homem e o meio ambiente.

Os direitos fundamentais foram consagrados e/ou recepcionados inicialmente no Estado de Direito<sup>1</sup> – importante reconhecimento das relações político-jurídico e ideológico, que a partir

---

<sup>1</sup> Na lição de Maluf, “o *Estado* é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o *Direito* é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar”. MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 01.

da teoria liberal promoveu reflexões acerca da dogmática jurídica dos direitos fundamentais – e, independentemente de correntes ideológicas e/ou políticas adotadas no ordenamento dos Estados, os direitos fundamentais passaram a fazer parte da agenda político-jurídico e social na ordem estatal.

É a partir da herança liberal que os direitos fundamentais de primeira geração, assim caracterizados como os direitos à liberdade, protegendo, assim, o indivíduo, tomam forma como primado básico do Estado Liberal. Marcando o rompimento com a antiga ordem estabelecida<sup>2</sup>, o Estado Liberal adquiriu nova visão ou expressão jurídico-política e social, a qual não se restringe à economia e à liberdade de trabalho e dá especial atenção às questões que envolvem a saúde e o meio ambiente.

Analisando brevemente as críticas dirigidas contra o termo “gerações”, Sarlet<sup>3</sup> pontua que as doutrinas alienígena e nacional tecem fundamentadas críticas à sua utilização; com efeito, segundo ele, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais (...). Ressalta-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz respeito ao conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos”.

Após essa primeira etapa na história dos direitos fundamentais, surge a noção de um Estado Social de Direito, trazendo consigo as noções anteriores de Estado Liberal, mas também, reivindicando mais igualdade e inclusão social para uma vida digna e justa. Nesse contexto, os direitos fundamentais de segunda geração, caracterizados pela busca de solidariedade e de justiça social vêm requerer prestações positivas por parte do Estado para a concretização dos direitos sociais,<sup>4</sup> remetendo-nos à ideia de um Estado do bem-estar social.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Conforme explica Belchior, “o advento do Estado Liberal marca o rompimento com a velha ordem, caracterizada pela prevalência do mito e do dogma, no plano filosófico, pela inexistência da liberdade de trabalho, no plano econômico, e pelo poder ilimitado do soberano, no plano político”. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54.

<sup>4</sup> Artigo 6º da CF/88: “são direitos sociais a educação, à saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>5</sup> Nas lições de Pierson citado por Potyara Pereira, faz-se necessário dois importantes esclarecimentos a respeito do *Welfare State*: o termo bem-estar (*welfare*) acoplado à palavra Estado (*State*), não significa necessariamente que um Estado qualificado garanta, de fato, bem-estar a todos, especialmente aos mais necessitados. Os modernos *Welfare States* são assim denominados não apenas porque fazem parte dos modernos Estados-nação, mas também, conforme o

Nesse cenário, surgem inúmeros direitos sociais que se destinam a atender as necessidades básicas dos trabalhadores, sinalizando um novo paradigma de Estado, o qual compromete-se conferir maior dignidade e condições mínimas para esses trabalhadores, apontando para a noção de cidadania.

Dando prosseguimento à evolução do Estado, imprescindível fazer menção que ao lado dos direitos ligados à noção de cidadania e dignidade da pessoa humana, inspirados inicialmente nos direitos de primeira e de segunda gerações, surge, nessa conjuntura, a construção do Estado Democrático de Direito, que a partir da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup> instituiu uma série de direitos, visando não só a proteção do ser humano como também a do meio ambiente. É nesse contexto de Estado que surgem os denominados direitos de terceira geração,<sup>7</sup> com o intuito de proteger os direitos do homem – ou do gênero humano mesmo – e do meio ambiente, cuja titularidade pode ser coletiva ou difusa.

A despeito dos direitos de terceira geração Bonavides<sup>8</sup> enfatiza que eles tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício dos direitos individuais, sociais, o respeito à vida, à liberdade, à segurança, à dignidade da pessoa humana, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>9</sup> como valores supremos de uma sociedade. São

---

arcebispo inglês William Temple assim os denominou como um contraponto ao Estado beligerante nazista, da Segunda Grande Guerra, vislumbrando o nascimento de um Estado de *paz* a partir da reconstrução europeia pelos aliados. Logo, onde há um Estado de Bem-Estar funcionando não significa que ali deva haver automaticamente inquestionável bem-estar social. É por isso que convém fazer a distinção entre a instituição denominada Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) e o processo denominado *bem-estar social* (*social welfare*). (...) o *Welfare State* é uma instituição encarregada de promover o bem-estar social, enquanto o *social-welfare* é o resultado de uma ação política que confere efetivo bem-estar a indivíduos e grupos. PEREIRA, Potyara A. P. *Política social: temas & questões*. São Paulo: Cortez, 2008, p. 177-178.

<sup>6</sup> Art. 1º da CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

<sup>7</sup> No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 587-588.

<sup>9</sup> Art. 225 da CF/88: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

fundamentalmente direitos naturais inerentes à existência humana, os quais devem salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos pela Carta Maior.

A partir de várias discussões acerca da importância de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, foram gerados diversos instrumentos que tratam da questão ambiental. Assim, o direito ao ambiente foi elevado, em nossa Constituição, à categoria de direito humano fundamental, adquirindo tratamento especial no ordenamento jurídico<sup>10</sup> brasileiro.

Há que se esclarecer, inicialmente, que a doutrina diverge quanto à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido, Bonavides<sup>11</sup> ensina que ocorre o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica; porém, o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem provêm de autores anglo-americanos e latinos, em coerência, aliás, com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Nos ensinamentos de Pérez Luño<sup>12</sup> a expressão “direitos humanos” aparece geralmente relacionada com outras denominações que, em princípio, parecem designar ou realidades muito próximas, senão a uma mesma realidade. Entre essas expressões podem citar-se: direitos naturais, direitos fundamentais, direitos individuais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas. (...) Grande parte da doutrina entende que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais. Para alguns autores os direitos fundamentais seriam aqueles princípios que resumem a concepção de mundo e que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico.

O direito ao meio ambiente pertence à categoria da terceira dimensão ou geração dos direitos fundamentais, expressando o princípio da solidariedade, da fraternidade e da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado vai muito além da perspectiva do indivíduo, abarca toda espécie humana, englobando a proteção dos interesses coletivos das presentes e das futuras gerações.

Considera-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, na medida em que ele busca compatibilizar a promoção da dignidade da pessoa humana com o

---

<sup>10</sup> Para Bobbio, um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não devem coexistir normas incompatíveis, ou seja, tem a coerência como pressuposto epistemológico. A coerência, explica Bobbio, é condição para a justiça do ordenamento porque duas normas contraditórias, ambas válidas e portanto aplicáveis, ferem a exigência da segurança das expectativas e o princípio da igualdade de tratamento das partes. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011, p. 17.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Curso de direito constitucional, *Op. Cit.*, p. 578.

<sup>12</sup> LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitucion*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 29-31.

bem-estar ambiental, ou seja, a salvaguarda da dignidade humana, seu bem-estar físico e espiritual passam, necessariamente, por um ambiente saudável e equilibrado, imprescindível ao seu bem-estar social. Nessa esteira, diante da problemática ambiental pela qual passa a sociedade contemporânea – degradação ambiental, riscos de catástrofe ecológica,<sup>13</sup> dentre outros – percebe-se a necessidade de os Estados buscarem formas de compatibilizar as relações existentes entre o homem, como ser que integra e interage com todo o ecossistema e com a proteção propriamente dita do meio ambiente, contra todas essas novas ameaças que surgem e que fragilizam o equilíbrio ecológico e social.

A partir desse contexto, mister que se faça uma abertura constitucional, ou seja, adotando-se um novo modelo ou paradigma de Estado – O Estado Socioambiental de Direito. É necessário que se faça uma releitura do texto constitucional, através dos princípios de interpretação constitucional,<sup>14</sup> especialmente no que se refere à concretização dos direitos fundamentais, em especial ao direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, na medida em que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 225, disciplinou capítulo próprio que aborda a importância do meio ambiente como um valor supremo da sociedade.

De início, faz-se necessário pontuar, já nas primeiras linhas deste trabalho, a preferência pela adoção do termo *socioambiental* para justificar o novo paradigma de Estado. Nesse sentido, importante o esclarecimento formulado por Fensterseifer,<sup>15</sup> acerca do novo papel do Estado: a adoção do marco jurídico-constitucional socioambiental resulta (...) da convergência necessária das “agendas” social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano. O objetivo do Estado contemporâneo não é o “pós-social”, em razão de o projeto de realização dos direitos fundamentais sociais (segunda dimensão) não ter se completado, remanescendo a maior parte da população mundial (...) até os dias atuais desprovida do acesso aos seus direitos sociais básicos. (...) Há, portanto, um percurso político não concluído pelo Estado Social, ao qual se agrega a proteção ambiental.

---

<sup>13</sup> No capítulo quinto, *A sociologia de risco*, de Ulrich Bech é analisada pelo autor David Goldblatt que enfatiza a importância da obra de Beck sobre a teoria social à degradação do ambiente e à política do ambiente. GOLDBLATT, David. *Teoria Social e Ambiente*. Tradução de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 227-229.

<sup>14</sup> Nesse sentido, Hesse elaborou importantes princípios de interpretação constitucional, como o princípio da força normativa da Constituição, o princípio da máxima efetividade, o princípio do efeito integrador, o princípio da conformidade funcional, o princípio da interpretação conforme a Constituição, o princípio da unidade da Constituição. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13-27.

<sup>15</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27.



Há que se registrar outros marcos jurídicos adotados por diversos autores, mas que possuem o mesmo sentido/projeto de Estado contemporâneo. É o que se verifica, por exemplo, em Leite e Ayala.<sup>16</sup> Os autores pontuam que, “a cada dia aumenta o número de adeptos de um novo modelo de Estado, que emerge a partir do redimensionamento do papel do Estado na sociedade, em prol de um meio ambiente sadio”.

Ao adotar o modelo do Estado Socioambiental de Direito, faz-se necessário que o intérprete tenha uma compreensão da norma jurídica, ou seja, de que forma ele irá captar essa norma e aplicá-la ao caso concreto. Essa reflexão/análise é necessária na medida em que a Constituição Federal de 1988 apresenta uma interpretação alargada ou aberta no âmbito da proteção das normas de direitos fundamentais e dos princípios constitucionais; esses conceitos abertos favorecem uma interpretação expansiva das disposições normativas, o que poderá causar colisão entre direitos e bens constitucionalmente protegidos.

Ao discorrer sobre o modelo de Estado contemporâneo e a adoção de uma concepção aberta ou alargada das normas de direitos fundamentais, no âmbito constitucional, não poder-se-ia deixar de citar Häberle<sup>17</sup> acerca do tema. Häberle propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada *sociedade aberta*. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete. Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*) do complexo normativo constitucional.

---

<sup>16</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 37. No mesmo sentido, pode-se citar: Estado Constitucional Ecológico, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 493; Estado do Ambiente, cf. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83. Estado Ambiental, cf. KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 39-43. Nesse mesmo sentido, AYALA, Patryck de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 54.

<sup>17</sup> É de registrar que essas notas fazem parte da “apresentação” de Gilmar Ferreira Mendes à obra de HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 09.

A partir do momento em que se coloca a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, no caso proposto, quando envolver o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde com outros direitos fundamentais, a questão que pode ser colocada é de que forma serão resolvidos os casos de colisão de direitos fundamentais pelo intérprete. Insta salientar que há um imenso rol de direitos fundamentais elencados pelo constituinte, encontrando-se todos no mesmo patamar, não existindo hierarquia entre eles.

Com efeito, Alexy<sup>18</sup> assenta que a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando um ou mais princípios encontram-se aptos para resolver/solucionar determinado direito fundamental, pretensão ou interesse. Nesse caso quando dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Conforme Alexy, em determinadas circunstâncias um princípio tem precedência em face do outro, ou seja, a solução se dará no caso concreto.

Assim, sob determinadas condições são sopesados os interesses conflitantes, levando-se em consideração o maior peso em determinado caso concreto. Um princípio não vale mais ou menos que outro; o que há é a cedência de um princípio a outro sob determinada circunstância.<sup>19</sup> Discutindo acerca da hierarquia entre os princípios e a dimensão de peso, que pertence à natureza dos princípios, Bonavides<sup>20</sup> infere que a dimensão do peso, ou importância ou valor (...) só os princípios a possuem, sendo incompatível com as regras, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios é a de sua relevância.

Sobre o conceito da dimensão do peso, importante a análise desenvolvida por Dworkin,<sup>21</sup> sobretudo no âmbito da divisão do sistema jurídico em regras e princípios. Existe uma diferença de natureza lógica entre as regras e os princípios. (...) As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. (...) Os princípios, por sua vez, possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. (...) Quando os princípios se inter cruzam (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

Para se compreender melhor essa análise, inicialmente cabe observar que o sistema jurídico é composto pelas normas, às quais compreendem a separação entre regras e princípios. Toda norma é ou uma regra ou um princípio, conforme reporta Alexy<sup>22</sup> e que a distinção

---

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

<sup>19</sup> Idem, p. 93-96.

<sup>20</sup> BONAVIDES, Curso de direito constitucional, *Op. Cit.*, p. 292.

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39-43.

<sup>22</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p.91.

apresentada assemelha-se à proposta por Dworkin. A diferença entre regras e princípios, segundo Alexy,<sup>23</sup> mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, verificasse dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.

Diante dessa concepção, pode-se realizar a seguinte distinção entre as normas: primeiro, atribui-se às regras a força normativa e a vinculatividade inerente à sua natureza em ordenamento jurídico. Elas atuam no campo da validade. Assim, as regras configuram-se posições jurídicas definitivas, são *mandatos definitivos*. Essas formulações ficam claras na medida em que uma regra, segundo Alexy<sup>24</sup> é válida ou não é. As regras contêm *determinações* fáticas e jurídicas aplicáveis a um caso concreto. Isso se deve ao fato de que elas operam com máxima efetividade e operatividade no ordenamento jurídico. As regras, segundo Alexy,<sup>25</sup> não são suscetíveis de ponderação e tampouco necessitam dela. A subsunção é para elas a forma de aplicação ao caso concreto. Já os princípios, são *mandatos de otimização*. Isso significa que eles operam conforme as possibilidades fáticas e jurídicas; quer dizer, realizam-se em determinados graus para serem satisfeitos, dependendo não somente das possibilidades fáticas para a sua concretização normativa, mas também das possibilidades jurídicas, em virtude da necessidade *prima facie* de ponderá-los.<sup>26</sup>

Nesse sentido, importante salientar a compreensão inicial de que os princípios jurídicos, devido a sua natureza jurídica, são passíveis de colisão e de ponderação, uma vez que configuram-se posições jurídicas definitivas e *prima facie* no ordenamento jurídico. Os princípios, segundo Lorenzetti,<sup>27</sup> são normas que constituem mandados para a realização de um valor no seu nível ótimo; possuem uma estrutura deontológica, posto que caracterizam um dever-ser, mas são distintos das regras porque estas podem ser cumpridas ou descumpridas de um modo claro. O princípio expressa a ordem de cumprir com um mandado na medida do possível.

Lorenzetti,<sup>28</sup> mais uma vez esclarece, que a colisão entre princípios não produz um efeito de exclusão, já que a aplicação de um princípio não desloca o outro, senão que o precede no caso concreto. Os princípios têm diferentes pesos no caso concreto, mas não são válidos. A contradição

---

<sup>23</sup> Idem, p. 91-92.

<sup>24</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op., Cit.*, p. 92.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162.

<sup>26</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op., Cit.*, p. 90.

<sup>27</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 127.

<sup>28</sup> Idem, p. 210.

não pode ser resolvida pela indicação de que um dos princípios carece de validade e pela sua eliminação do sistema, nem tampouco pela consagração de uma exceção de validade permanente para o futuro. Não se trata, então, de uma antinomia no sentido tradicional, como acontece com as regras, mas sim de um campo de tensão.

Reportando-nos ao pensamento de Bobbio<sup>29</sup> é certo “dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade”. Bobbio analisa a validade de uma norma jurídica a partir da sua introdução em um ordenamento jurídico. O problema fundamental que é colocado em discussão, segundo Bobbio, é o que diz respeito às antinomias jurídicas.<sup>30</sup> A partir de Bobbio,<sup>31</sup> pode-se definir antinomia jurídica como aquela situação na qual são positivadas duas normas jurídicas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e outra permite o mesmo comportamento. Ambas devem pertencer ao mesmo ordenamento e ter o mesmo âmbito de validade.

Com base nesses preceitos, Bobbio refere-se em antinomia jurídica *própria* e antinomia jurídica *imprópria*. Essa diferenciação proposta por Bobbio pode ser compreendida enquanto situação de conflito entre duas regras (antinomias próprias) e as relações de colisão entre direitos fundamentais (princípios) pertencentes em um ordenamento jurídico de forma explícita ou implícita (antinomias impróprias).<sup>32</sup> Nesse caso, segundo Bobbio,<sup>33</sup> “pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são propriamente antinomias jurídicas, mas podem dar lugar as normas incompatíveis”.

Lorenzetti,<sup>34</sup> a partir do pensamento de Bobbio, assinala que as antinomias podem ser resolvidas através de três critérios: o cronológico, segundo o qual a norma posterior prevalece sobre a anterior, exceto os casos de irretroatividade; o hierárquico, no sentido de que a norma superior desloca a de categoria inferior, e o da especialidade, de modo que a norma geral é deslocada pela especial. A antinomia pode ser resolvida eliminando-se uma das normas, porque a aplicação de uma delas é excludente. Também se pode alcançar uma solução que conserve as duas, mas fixando o sentido de uma.

---

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 137.

<sup>30</sup> BOBBIO, Teoria do Ordenamento Jurídico, *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 92-95.

<sup>32</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 1. ed. 3ª. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 225.

<sup>33</sup> BOBBIO, Teoria do Ordenamento Jurídico, *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>34</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 211.

Algumas ideias sobre a proposta de Bobbio são referidas por Engelmann.<sup>35</sup> Conforme o autor, essa é uma das características representadas pelo positivismo jurídico, isto é, o estudo do ordenamento jurídico, tomando em conta o conjunto das normas jurídicas vigentes em determinada sociedade. O autor analisa os contornos jurídicos apresentados por Bobbio para resolver os casos de antinomia jurídica. Segundo Engelmann, casos os critérios propostos (aqueles mencionados acima, por Lorenzetti) não sejam suficientes para resolver a antinomia, por apresentarem soluções conflituosas, Bobbio recomenda o recurso ao chamado “critério dos critérios”, que é o critério último da justiça. Isso significa que o intérprete poderá fazer uso da interpretação quando não for possível utilizar-se automaticamente dos critérios elaborados por Bobbio na solução do caso concreto.

Com esse contorno, pontua Elgelmann,<sup>36</sup> Bobbio lança mão da chamada discricionariedade judicial, a fim de ser obtida uma solução para a antinomia jurídica, restabelecendo a coerência do ordenamento jurídico. Conforme o autor, é nesse momento que a aplicação do direito por parte do juiz ou tribunal também escapa de critérios objetivos, para entrar na concepção subjetiva discricionária do mesmo.

A distinção entre as normas jurídicas – regras e princípios – faz-se necessária na medida em que os direitos fundamentais, em razão da sua natureza principiológica, entram facilmente em rota de colisão no exercício desses direitos. A partir do momento em que se propõe a vinculatividade e a força normativa dos princípios, não mais como meras fontes subsidiárias do sistema normativo, admite-se um sistema aberto de normas constitucionais, com o alargamento das disposições contidas na Constituição. Nas lições de Canotilho,<sup>37</sup> “a constituição é um sistema normativo aberto de regras e princípios”.

O constitucionalista português explica, a partir da perspectiva teórico-jurídica de Alexy, que um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia facilmente a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia *um sistema de segurança*, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de

---

<sup>35</sup> ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 72 e 79.

<sup>36</sup> Idem, *Ibidem*, p. 79.

<sup>37</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1117.

regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta.<sup>38</sup>

Alexy<sup>39</sup> refere que um modelo puro de princípios não levaria a sério a Constituição escrita. Nesse sentido, também Canotilho,<sup>40</sup> apoiando-se nas objeções a uma divisão dicotômica entre princípios e regras formuladas por Alexy, explica que não é possível basear-se exclusivamente em princípios, pois isso levar-nos-ia a consequências inaceitáveis. Há a necessidade da existência de regras no ordenamento jurídico, pois a dependência do possível fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema explica o constitucionalista português.

Nessa ótica, o fenômeno da abertura constitucional configura um novo marco político e ideológico no paradigma do Estado Democrático e Socioambiental de Direito. A ideia de uma Constituição pós-moderna ou um novo constitucionalismo impõem inúmeras questões e interesses nas relações entre o homem e o meio ambiente.

Como referido anteriormente, os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios e, conseqüentemente, poderá ocorrer tensão entre eles, hipótese que denominamos colisão de direitos fundamentais. Se para as regras aplica-se a subsunção, para se resolver um conflito e para os princípios – nos casos de colisão – aplica-se a ponderação: isso significa, então, que a tensão entre os direitos fundamentais será resolvida mediante a ponderação? Em havendo colisão do direito fundamental ao meio ambiente como bem coletivo (a integridade ambiental) com o direito ao livre exercício da atividade econômica, ou com o direito à propriedade, indaga-se se o critério para solucionar tal colisão será a ponderação desses bens, e quais os limites dessa operação.

A ponderação de bens desenvolveu-se como proposta metodológica para a solução da tensão entre direitos fundamentais, especialmente marcada pela jurisprudência e depois pela doutrina constitucional alemã.<sup>41</sup> Insta salientar que a ponderação foi inaugurada inicialmente pelo

---

<sup>38</sup> Idem, p. 1162. Sobretudo, Canotilho cita: ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, pp. 75 e ss; ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, p. 108; SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 61 e ss.

<sup>39</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>40</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *Op. Cit.*, p. 1162.

<sup>41</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140. Gavara de Cara citado por Steinmetz pontua que “la doctrina alemana no plantea diferencias semánticas en la utilización de los términos de ponderación de bienes, de intereses o de valores, pudiendo ser considerados pacíficamente como sinónimos”. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 286 *apud* STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. Cit.*, p. 140.

Tribunal Constitucional Federal Alemão, no ano de 1958, na sentença Lüth, na qual examinou-se sobre a constitucionalidade de restrição a direito fundamental.<sup>42</sup>

Lüth havia chamado o público alemão, assim como os proprietários de cinemas e distribuidores de filmes para boicotarem filmes de Veit Harlan, que ele produziu depois de 1945. Lüth fundamentou seu chamamento ao boicote com isto, que Harlan era o diretor artístico-filmes nazistas mais proeminente, em que ele referiu-se, especialmente, ao filme “judeu doce, o filme principal da propaganda de cinema nacional anti-semita. O tribunal de segunda instância de Hamburg condenou Lüth a isto, de omitir cada chamamento para o boicote do novo filme de Harlan, “amante imortal”. O tribunal constitucional federal decidiu pelo direito fundamental à liberdade de manifestação de opinião, como direito *prima facie* a ser protegido, uma vez que tal direito não lesava os interesses de outrem, neste caso, o exercício da atividade industrial.<sup>43</sup>

A ponderação de bens pode ser formulada como princípio da proporcionalidade em sentido restrito, constituindo-se em um balanceamento de interesses ou bens conflitantes constitucionalmente protegidos.<sup>44</sup> De forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado, conforme observa Barcellos.<sup>45</sup>

Para se compreender melhor como se desenvolve e se aplica a ponderação de bens, Barcellos<sup>46</sup> explica que, tanto na doutrina quanto na prática jurídica, é possível visualizar ao menos três maneiras diferentes de efetuar a ponderação. Em primeiro lugar, a ponderação é descrita por muitos autores com a forma de aplicação dos princípios; em segundo lugar a técnica consistiria em *balancear* ou *sopesar* os elementos em conflito para atingir a solução mais adequada; por fim, e em terceiro lugar, diversos autores ligados às discussões sobre a teoria da argumentação compreendem a ponderação em sentido muito mais amplo, como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais. Ponderação, nesse sentido, é a atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos etc.).

---

<sup>42</sup> Idem, p. 140.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 106-107.

<sup>44</sup> Idem, p. 105-108.

<sup>45</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

<sup>46</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24-27.

Essa última consideração parece ser aparentemente a posição adotada por Ávila.<sup>47</sup> Nesse sentido, Ávila explica, referindo-se à Peczenik, que todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderar as razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas que tal atividade é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Como observa, não é correto afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação. A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como as mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto.

Alexy<sup>48</sup> procura delinear o conteúdo da ponderação. Ele refere que os princípios e as ponderações são dois lados do mesmo objeto. O princípio é do tipo teórico-normativo, enquanto a ponderação é do tipo metodológico. “Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações”. A discussão sobre a teoria dos princípios, essencialmente é uma discussão sobre a ponderação de bens, explica o autor.

Aprofundando a discussão em torno da ponderação, Alexy<sup>49</sup> acrescenta no plano da teoria dos princípios um terceiro elemento ao princípio da proporcionalidade o que ele denomina de máxima parcial. Conforme explica, há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade.<sup>50</sup> Essa conexão não poderia ser mais estreita, uma vez que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmer que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da

<sup>47</sup> PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 80-81 *apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. [2ª tiragem]. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n° 217, p. 75, jul./set. 1999.

<sup>49</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 116-117.

<sup>50</sup> Conforme explica Alexy “a máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. *Idem*, p. 117.



relativização em face das possibilidades jurídicas.<sup>51</sup> Essas formulações constituem-se a base da compreensão do princípio da proporcionalidade, completado pelos subprincípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito – a ponderação de bens ou princípios. Insta salientar que a teoria dos princípios pretende resolver as lacunas de abertura do ordenamento jurídico e os *déficits* de indeterminações. Muito embora a teoria dos princípios proponha-se a resolver os casos de colisão entre os direitos fundamentais, cabe problematizar sob quais circunstâncias e parâmetros a colisão será solucionada, e se a referência ao princípio da proporcionalidade e à ponderação de bens traz consigo um risco de insegurança jurídico-política e social, ou comporta uma abertura para o subjetivismo e o decisionismo judiciais.

De fato, essas formulações despontam para uma complexa e árdua tarefa que demanda respostas hábeis a solucionar o fenômeno da colisão. Em um ordenamento jurídico como o brasileiro, particularmente marcado por uma Constituição aberta e pluralista, que engloba um vasto catálogo de direitos fundamentais, configurando um verdadeiro rol de direitos e garantias *prima facie*, o fenômeno da colisão de direitos fundamentais exige, para a sua solução, uma ampla estruturação de mecanismos aptos a auxiliar o intérprete/julgador a resolver os casos de colisões e os *déficits* das disposições normativas. Esse é o ponto central a ser enfrentado pelo julgador no processo de interpretação das disposições normativas, uma vez que permanece aberta a questão sobre *como* e segundo *quais critérios* e *parâmetros* se dará a ponderação e como será capaz de suprir o *déficit* do postulado da racionalidade,<sup>52</sup> sem levar ao risco de decisionismo e arbitrariedade da decisão judicial.

Larenz<sup>53</sup> menciona a amplitude com que o Tribunal Constitucional Federal Alemão e a jurisprudência faz uso do método da ponderação de bens no caso concreto para determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto. Ele cita, por exemplo, quando o direito geral de personalidade de alguém colide com o direito geral de personalidade ou com um direito fundamental de outrem, como também em muitos outros casos de colisão, por exemplo na questão de se existe estado de necessidade, assim como na resolução da questão sobre o que é “exigível” ou “tolerável” no caso concreto.

---

<sup>51</sup> *Idem*, p. 117.

<sup>52</sup> A racionalidade pode ser compreendida como a tomada de decisão pelo julgador através de um conjunto de regras e princípios que estão dispostos sob determinadas condições no quadro da ordem jurídica estabelecida e que não envolve juízos de valor. Nos julgamentos dos juízes deve estar presente a validade à luz de regras e princípios legítimos na justificação de uma decisão racional.

<sup>53</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 574-575.

Prosseguindo na sua argumentação, Larenz<sup>54</sup> refere que os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são “abertos” e “móveis”, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, o Tribunal e a jurisprudência alemã utilizam-se do método da ponderação para solucionar os bens jurídicos que estão em jogo, conferindo o maior peso na respectiva situação; mas ponderar e sopesar, conforme pontua, é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que, segundo ele, é aí que reside a maior dificuldade na solução do caso concreto. Larenz<sup>55</sup> argumenta que, como não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela, é certo, pois, que, como consequência se recorra a uma ponderação no caso concreto.

Diante dessa perspectiva, segundo Larenz,<sup>56</sup> o juiz decide aqui sem qualquer apoio em princípios metodológicos, com base apenas em tais pautas que ele mesmo estabelece para si. Neste caso, não seriam controláveis as resoluções encontradas com base numa ponderação de bens no caso concreto, ficando aberto um portão ao parecer subjetivo do juiz toda vez que tivesse de decidir.

O problema reside, em si, no fato de que as decisões judiciais não deixam claro como exatamente o intérprete fundamenta a sua decisão através do princípio da proporcionalidade. Na maioria dos casos, o intérprete utiliza-se do princípio da proporcionalidade para fundamentar uma proposição normativa, em determinado caso concreto, sem explicitar as razões pelas quais houve a contribuição desse princípio para a solução da colisão de direitos fundamentais, e porque um maior peso recai sobre um dado direito em detrimento de outro, em cada caso específico. O que se verifica na prática é que os tribunais fazem menção à aplicação do princípio da proporcionalidade sem examinar os seus subprincípios e aplicá-los ao caso concreto.

Nos mais diversos casos de colisão de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal invoca o princípio da razoabilidade<sup>57</sup> com referência aos princípios da proporcionalidade e da ponderação. Nesse sentido, indaga-se se o princípio da proporcionalidade ou a ponderação não são capazes de justificar racionalmente as proposições normativas particulares do caso concreto sem

---

<sup>54</sup> Idem, *ibidem*, p. 575-576.

<sup>55</sup> Idem, *ibidem*, p. 575-576.

<sup>56</sup> Idem, *ibidem*, p. 576.

<sup>57</sup> O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade não são sinônimos, uma vez que suas construções jurídicas são diversas. Conforme explica Steinmetz, o princípio da razoabilidade tem origem norte-americana, e fundamento no *due process of law*. STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 185. O princípio da proporcionalidade tem a sua origem na doutrina alemã e desenvolveu-se como proposta metodológica – com os seus três subprincípios – para a solução da tensão entre direitos fundamentais, cf. STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 140.

levar à irracionalidade ou a subjetividade das decisões judiciais, ou seria somente um problema terminológico entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Verifica-se até o presente momento, especialmente pela análise da jurisprudência, que basta a simples referência ao princípio da proporcionalidade e da ponderação para que o intérprete aponte a solução normativa mais adequada no caso de colisão de direitos fundamentais. Desta forma, privilegia um princípio com peso maior, desprezando a realização ou satisfação do outro, conforme o caso concreto a ser examinado. É preciso verificar quando um princípio precede a outro. É a chamada “precedência condicionada entre princípios”, refere Alexy.<sup>58</sup>

Se esse diagnóstico referido acima por Alexy encontra-se correto, cabe avaliar de que forma as situações de colisão entre os direitos fundamentais – que exigem um processo argumentativo racional e justificável – encontrariam soluções fundamentalmente sólidas e juridicamente legítimas, formuladas pelo método da ponderação de bens. O que se analisa, em si, é a estrutura da ponderação de bens, ou seja, de que forma ela propõe-se a resolver os casos de colisão de direitos fundamentais ao caso concreto, *como* ela é aplicada e justificada nas circunstâncias mencionadas acima.

Na opinião de Müller,<sup>59</sup> a prática da ponderação de bens não substitui a concretização racional da norma; ela conduz a juízos de valor subjetivos e a uma pré-compreensão obscura do caso concreto. Não há a efetivação da obrigação de fundamentação da norma, prevista no Estado de Direito. Para ele, não se pode substituir o esforço interpretativo da norma, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, uma vez que é condição para a sua satisfação e harmonização na esfera constitucional.

Diante dessa complexidade apresentada até o presente momento, insta salientar que são apresentadas objeções/críticas acerca das proposições normativas desenvolvidas pelo jurista alemão Alexy, resultante da aplicação do método da ponderação na solução de um caso de colisão de direitos fundamentais. Ele defende que a ponderação pode ser justificada racionalmente através de uma argumentação jurídica, ou seja, observando as regras da argumentação racional e do discurso prático geral. “Eu parto disto, que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral”.<sup>60</sup>

Entretanto, vários autores – dentre eles Habermas – têm formulado críticas ao princípio da proporcionalidade, de modo especial críticas contundentes à propriedade da ponderação de

<sup>58</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>59</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 281-282.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 78.

bens – que, como já referido, é a proporcionalidade em sentido restrito –, objeções a uma autocompreensão metodológica contra a teoria dos valores.

Na opinião de Habermas,<sup>61</sup> faltam critérios racionais para ponderar, uma vez que a técnica consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Conforme pontua Habermas, quando não for possível o preenchimento desse mandamento de otimização através da própria norma (regra), o preenchimento do quadro do que é faticamente possível dependerá de uma ponderação orientada por um fim.<sup>62</sup> Para alguns autores há insuficiências do método da ponderação, não sendo possível haver o controle objetivo e intersubjetivo de sua aplicação, como apontado por Habermas.

Em continuidade às críticas desenvolvidas à ponderação, encontram-se as objeções dogmáticas e as objeções filosóficas. Alexy<sup>63</sup> refere que a posição de rejeição radical mais marcante do sistema de valores e sopesamento é a realizada por Forsthoff. Segundo ele, a teoria dos valores levaria à “dissolução da clareza conceitual em falatório, a uma perda não apenas de racionalidade, mas também de nível científico, a uma dissolução da lei constitucional e a uma eliminação do conteúdo de liberdade dos direitos fundamentais”.

A primeira conduziria a destruição da liberdade individual, pois sustenta que a teoria dos princípios não considera ou não levaria a sério a vinculação à Constituição; o segundo ponto dessa objeção está ligada à segurança jurídica. Uma teoria dos princípios conduziria a uma arbitrariedade interpretativa, não correspondendo o conceito de segurança jurídica e, conseqüentemente uma contradição ou uma inconsistência no sistema de normas. Com isso, as decisões judiciais não estariam fundamentadas racionalmente, implicando uma insegurança jurídica do texto constitucional.<sup>64</sup>

Já as objeções filosóficas, especialmente as desenvolvidas por Scheler, enfatizam, sobretudo, o conceito de objetividade à teoria dos valores. Nessa linha, a crítica refere-se a uma ordem ou uma doutrina de valores. É importante observar que a Corte Constitucional Federal da Alemanha recebeu fundadas críticas ao comparar os direitos a uma ordem de valores.<sup>65</sup>

O presente estudo tenciona examinar e discutir questões que tratam da importância dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Pretende-se contribuir para o entendimento dos direitos

---

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 315.

<sup>62</sup> Idem, p. 315.

<sup>63</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 155.

<sup>64</sup> Idem, p. 176-179.

<sup>65</sup> Idem, *ibidem*, p. 155-157.

fundamentais, buscando demonstrar que, no exercício desses direitos, o fenômeno da colisão poderá fazer-se presente quando estiver em jogo, por exemplo, um bem coletivo ambiental com o direito fundamental à propriedade e ao livre exercício da atividade econômica.

Uma Constituição como a brasileira, que engloba um catálogo de direitos fundamentais, é a base da compreensão para que existam colisões de direitos fundamentais. Há, porém, a possibilidade da solução dessas colisões a partir do método da ponderação. Nesse sentido, um problema fundamental deve ser enfrentado: como solucionar o *déficit* de racionalidade e de intersubjetividade do discurso jurídico sem levar ao risco de decisionismo ou a diluição do direito na moral, uma vez que princípios e valores podem ser entendidos como prescrições de otimização aberta? Indaga-se sob quais critérios, parâmetros as decisões judiciais encontram fundamentos válidos e racionalmente justificados.

Nesse contexto, a contribuição que esta pesquisa trará é a de buscar respostas ao problema estruturante e orientador que enuncia a problemática deste trabalho, sobretudo com referência à problematização acerca de uma eventual irracionalidade da ponderação. Para tanto, observar-se-á a doutrina nacional e estrangeira e os argumentos desenvolvidos pelos órgãos julgadores, bem como a adequação da aplicação da ponderação de bens no contexto brasileiro.

Vale frisar que é a partir do pensamento de Alexy que se buscará a análise do objeto central deste trabalho, buscando-se diretamente embasamento em seus textos. O recurso a outros autores somente será empregado como forma de esclarecer e enriquecer a pesquisa, sobretudo, o pensamento de Alexy. Não há pretensão de exaurir o debate acerca da teoria dos direitos fundamentais de Alexy; pretende-se, apenas, analisar como podem ser resolvidas determinadas tensões entre os direitos fundamentais através da sua técnica de solução das colisões e dos conflitos que envolvem valores em tensão, com enfoque nos problemas contemporâneos, como é o caso do direito fundamental ao meio ambiente.

Assim, o trabalho encontra-se dividido em três capítulos. O *primeiro capítulo* denominado de “Direitos fundamentais, meio ambiente e evolução do Estado: Do Estado Liberal ao Estado Socioambiental de Direito – elementos iniciais para a compreensão do novo conceito de Estado de Direito” será marcado pela discussão acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, traz consigo considerações iniciais, a partir de uma perspectiva histórica e filosófica, onde situa a evolução da proteção do meio ambiente no âmbito estatal, em concomitância com as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, desde a concepção de Estado Liberal, passando para o Estado Social e pelo Estado Democrático de Direito, até a concepção de um novo modelo ou paradigma de Estado, qual seja, o Estado Socioambiental de Direito. Nesse contexto, poder-se-á

verificar que em cada modelo de Estado a problemática ambiental assume contornos diversos no processo histórico-civilizatório. Na medida em que são criados novos mecanismos de tutela ambiental, outros, por consequência, são redimensionados, a fim de atender os novos desafios postos à sociedade. Hodiernamente, verifica-se a necessidade de se enfrentar as novas ameaças e riscos postos pela sociedade e a observância do Estado contemporâneo de se adequar ou remodelar-se a cada contexto histórico-político e social, com vistas à proteção do meio ambiente tal como contemplada na ordem constitucional brasileira. A partir dessa discussão, é possível visualizar e buscar compreender a necessidade de um modelo de Estado que garanta não só o bem-estar, mas a qualidade de vida do ser humano.

O *segundo capítulo* denominado de “A Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e a sua proposta de compreensão do direito ao meio ambiente”, dar-se-á destaque para a Teoria dos direitos fundamentais como teoria estrutural, diferenciando as normas em regras e princípios. Tem-se por escopo analisar a estrutura dos direitos fundamentais de Alexy nas suas três dimensões: a analítica, a normativa e a empírica. Conforme esclarece Steinmetz,<sup>66</sup> em análise à Alexy, a teoria estrutural apresenta-se como uma teoria dogmática que pressupõe um determinado modelo de ciência jurídica *stricto sensu*; é o modelo epistemológico tridimensional, pelo fato de possuir as três dimensões referidas. Segundo Alexy,<sup>67</sup> a estrutura das normas de direitos fundamentais concentra-se na distinção entre regras e princípios. “Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Essa distinção é de extrema importância para uma compreensão adequada acerca da colisão de direitos, especialmente quando estiver em jogo a proteção do meio ambiente em face de outros bens constitucionalmente protegidos. A teoria estrutural de Alexy,<sup>68</sup> enquanto teoria analítico-conceitual pretende demonstrar que é possível uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. No entanto, o autor alemão esclarece que a racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre os direitos fundamentais e os juízos de dever-ser, na maior medida possível, seja acessível a controles intersubjetivos. Assim, a partir da dimensão analítica à qual estende-se desde a análise de conceitos elementares, como por exemplo, do conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade, passando por construções jurídicas fundamentais (a relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros) até chegar-se a assim chamada irradiação dos direitos fundamentais e, fundamentalmente o que Alexy

---

<sup>66</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>67</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 43.

denomina de sopesamento de bens ou princípios.<sup>69</sup> Trata-se, portanto, de uma teoria analítica dos direitos em sua tríplice divisão das posições que devem ser designadas como direto a algo, liberdade e competência.<sup>70</sup> Ainda, no segundo capítulo entende-se que é necessário fazer referência aos princípios de interpretação especificamente constitucional, elaborados por Hesse,<sup>71</sup> na medida em que o núcleo da proteção ambiental encontra-se no artigo 225 da CF/88. No entanto, esse é apenas o primeiro momento para a compreensão do fenômeno da colisão de direitos fundamentais e para a justificação da necessidade de um novo modelo Estatal, o Estado de direito ecológico,<sup>72</sup> ou, como se prefere, Estado Socioambiental de Direito.

Ainda, no *segundo capítulo*, é um dos objetivos compreender o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, especialmente em seu sentido amplo, ou seja, colisões de direitos fundamentais com bens coletivos – quando um direito fundamental colide com a integridade ambiental, com a segurança interna e externa, com a saúde pública e com outros bens protegidos constitucionalmente. Segundo Alexy,<sup>73</sup> a maioria das constituições contém hoje um catálogo de direitos fundamentais, sendo necessária a interpretação desses catálogos. Como refere o autor “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais”. A colisão de direitos fundamentais pode ser formulada em sentido restrito e em sentido amplo. No primeiro caso, o exercício ou a realização do direito fundamental repercute negativamente sobre direitos fundamentais de outros titulares que, nesse caso, podem ser idênticos ou distintos; a colisão em sentido amplo, como referido, colide com bens coletivos, como por exemplo, a colisão de bens ecológicos com o direito fundamental à propriedade à luz.<sup>74</sup> A partir da configuração jurídica de Alexy, pode-se extrair que o direito fundamental ao meio ambiente é um direito a algo que tem como estrutura básica ações negativas ou positivas (fáticas e/ou normativas). Nesse sentido, Alexy<sup>75</sup> esclarece que as ações estatais negativas (direitos de defesa) que o cidadão pode exigir contra o Estado referem-se justamente à tríplice divisão de direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito ou que afete determinados direitos ou situações que possam causar danos ao meio ambiente e não elimine determinados direitos ou posições jurídicas já existentes dos cidadãos. No que se refere a ações estatais positivas, Alexy<sup>76</sup>

---

<sup>69</sup> Idem, p. 33-34.

<sup>70</sup> Idem, p. 193.

<sup>71</sup> HESSE, A força normativa da Constituição, *Op. Cit.*

<sup>72</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 60-61.

<sup>73</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 56-57.

<sup>74</sup> Idem, p. 57-60.

<sup>75</sup> Idem, p. 196-201; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15.

<sup>76</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 201.

pontua que elas podem ser divididas em dois grupos: uma ação fática e uma ação normativa. Assim, o direito a ações positivas vai desde a adoção de medidas que fundamentam um direito a um mínimo existencial socioambiental (ação positiva fática), como a edição de normas que obriga, por exemplo, o Estado a fomentar algo em uma instituição de ensino (ação positiva normativa). Com base na vertente a ações positivas, portanto, o direito fundamental ao meio ambiente pode configurar tanto direitos a prestações fáticas, em sentido estrito, quanto direitos a prestações normativas, em sentido amplo; trata-se, assim, da tríplice divisão dos direitos a prestações: direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito, conforme o entendimento de Alexy.<sup>77</sup> A partir dessa estrutura, pretende-se analisar que o direito fundamental ao meio ambiente pode configurar-se tanto como direito a ações positivas, quanto a ações negativas.

O direito fundamental ao meio ambiente é considerado muito mais do que um direito fundamental completo; atribui-se a ele um feixe de disposições fundamentais que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas (posições jurídicas definitivas e *prima facie*) é decisivo para que o direito fundamental ao meio ambiente seja entendido como direito a “algo”, uma vez considerada a sua tríplice divisão em direito a algo, liberdade e competência.

O direito fundamental ao meio ambiente, além de ações positivas (a uma ação do Estado), corresponde também a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal (direito de defesa). Nesse sentido, ao ser incorporado esse feixe de disposições fundamentais, tem-se, então, ações negativas no sentido de que o Estado não *impeça ou dificulte* a realização do direito fundamental ao meio ambiente, devendo omitir-se da prática de qualquer *ato concreto lesivo* ao meio ambiente; na segunda hipótese, o direito ao ambiente cumpre-se com ações estatais negativas, no sentido de que o Estado não *afete* uma determinada situação do titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; e, por fim, a última hipótese é o que nos interessa no sentido de impor limites à *razão prática* no plano constitucional é a de que o Estado *não elimine posições jurídicas dos titulares*.

Esse terceiro grupo de direito a ações estatais negativas observa que para que o titular do direito usufrua do seu direito à propriedade, como direito individual deve necessariamente ser observada a conformação jurídica que define o instituto da propriedade, ou seja, “as normas jurídicas que definem o instituto jurídico da propriedade pertencem normas sobre a *criação e o desfazimento* da posição do proprietário, bem como normas que preveem consequências jurídicas

---

<sup>77</sup> Idem, ibidem, p. 444.



a essa posição”.<sup>78</sup> Nesse sentido, são eliminadas posições jurídicas abstratas, como por exemplo, a aquisição de terrenos rurais ou florestais em face da garantia constitucional do instituto da propriedade que é subjetivada na medida em que existem *direitos individuais à não-eliminação de posições abstratas*, conforme explica Alexy. O que isso significa é que o Estado *não* deve reduzir aquelas posições jurídicas já previstas no ordenamento jurídico constitucional que prevê a proteção do meio ambiente. Assim, é dever do Estado atuar no controle não somente de *riscos concretos* ou em potencial (visível e previsível) que venham a causar danos ao meio ambiente, mas também, deve considerar-se a não-eliminação de posições jurídicas abstratas, ou seja, o *risco abstrato*, (invisível e imprevisível) à ação humana.

Ainda, nesse *segundo capítulo*, imprescindível a análise do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios como exigência inafastável para buscar solucionar os casos de colisão entre os direitos fundamentais.

O *terceiro capítulo* denominado de “A importância da racionalidade ambiental como elemento de compreensão da relação entre o homem e o meio ambiente” busca uma melhor análise entre o ser humano e a sua relação com o meio ambiente. Na verdade, há a necessidade de uma nova consciência ambiental de “recuperar o paradigma perdido, reintegrando o ser humano à mãe natureza”.<sup>79</sup> Os principais dilemas éticos relacionados à questão ambiental diz respeito ao antropocentrismo e a ecologia profunda. É aí que residem alguns dos principais problemas do século XXI, e, por consequência, conflitos socioambientais que dificultam a plena concretização do Estado Socioambiental de Direito. Essa complexidade da sociedade moderna faz emergir a necessidade de novos enfoques metodológicos, interdisciplinares, para abordar da melhor forma possível o sistema socioambiental complexo. Nessa senda, buscam-se respostas complementares à crise de racionalidade da modernidade, como esclarece Leff.<sup>80</sup> Assim, diante da “crise de civilização e emergência do ambiente”<sup>81</sup>, propõe-se verificar a importância do princípio da sustentabilidade, procurando-se compreender as suas três dimensões – a ecológica, a econômica e a social; ainda, surge a necessidade de introduzir, neste capítulo, outros princípios que a doutrina vem apontando como indispensáveis ao ordenamento jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Convém enfatizar que tais princípios estruturam a nova ordem constitucional, estabelecendo contornos próprios que irão auxiliar o intérprete na difícil tarefa de

---

<sup>78</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 199-200.

<sup>79</sup> LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 242.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 238.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 236.

proteção ambiental. Assim, destacar-se-á princípios como o da democracia, da cidadania, da educação, do acesso à informação e da participação popular ambiental, do mínimo existencial ecológico ou Socioambiental, da proibição do retrocesso ecológico ou socioambiental, e os princípios da prevenção e da precaução. É importante ressaltar que, ao relacionar todos esses princípios que estruturam a nova ordem jurídico-constitucional, percebe-se que a solidariedade insere-se como princípio fundante do Estado Socioambiental de Direito, na medida em que obrigará, como aponta Canotilho,<sup>82</sup> “as gerações presentes a incluir como medida de acção e de ponderação os interesses das gerações futuras”. Essa abertura discursiva servirá para que o intérprete fundamente suas decisões racionalmente, ou seja, é o início de uma menor margem de subjetividade e arbitrariedade na nova ordem constitucional ecológica. O intérprete, ao utilizar princípios que estruturam e fundamentam a ordem constitucional-ambiental vigente, harmonizará, a partir da ponderação de bens e interesses em jogo, qual direito fundamental prevalecerá no caso concreto, por meio de mandamentos de otimização.

Por fim, é nesse último capítulo que a racionalidade do princípio da precaução nas decisões que envolvem a ponderação de bens ecológicos e antropológicos toma forma no Estado Socioambiental de Direito. Nesse sentido, buscar-se-á compreender a construção da ponderação e as discussões em torno dela, especialmente algumas objeções/críticas, de modo especial as críticas a uma autocompreensão metodológica contra a teoria dos valores, formulada por Habermas. Assim, é a partir do desenvolvimento desse capítulo que estar-se-á caminhando ao encontro da solução ao questionamento proposto deste trabalho.

O princípio da precaução, previsto no artigo 225, § 1º, V, será utilizado sempre que houver perigo ou ocorrência de dano grave ao meio ambiente, mesmo que a ausência de certeza científica não esteja presente na avaliação do risco. Ele deverá ser otimizado com os demais princípios em jogo, conforme as especificidades do caso concreto, o que deverá ocorrer por meio da ponderação de bens.<sup>83</sup> Ao se utilizar o princípio constitucional da precaução, não se pretende um “*grau zero*” de risco ambiental,<sup>84</sup> mas sim, a exigência de um *dever* de proteção (precaução) ambiental, inclusive a possibilidade de se inverter o ônus da prova, em face da incerteza do risco ambiental.

---

<sup>82</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*. 2010, vol. VIII, nº. 13, p. 07-18. ISSN 1645-9911.

<sup>83</sup> ALEXY, *Op. Cit.*, LEITE, José Rubens Morato. A sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 159-203. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 48-49.

<sup>84</sup> CANOTILHO, O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional, *Op. Cit.*, p. 17.

A técnica da ponderação de bens está submetida a um controle racional da decisão judicial; contudo, sempre permanecerá uma margem de subjetividade do intérprete, uma vez que princípios podem ser entendidos como prescrições de intensidade aberta, exigindo que o intérprete pondere entre os bens e interesses em jogo nos casos de colisão de direitos fundamentais. De qualquer modo, o que se busca é uma aproximação à *fixação normativa de valores limite*<sup>85</sup>, através da utilização do princípio constitucional da precaução.

Nesse sentido, o presente trabalho justifica-se pela importância em suscitar discussões acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais, especialmente nas hipóteses de colisão entre um bem ambiental e os demais direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Para tanto, o Direito Constitucional não pode ficar adstrito apenas a sua própria operacionalização, mas sim, buscar respostas aos problemas postos no atual contexto de risco ambiental e social (Socioambiental) em outras áreas do conhecimento. Uma vez entendido isso, pretende-se delinear os contornos acerca da problemática ambiental com o assim denominado *fenômeno da constitucionalização ambiental*, que, à luz de tal perspectiva, apresenta-se como instrumento em busca de uma fundamentação racional e juridicamente segura nos processos decisórios.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS, MEIO AMBIENTE E EVOLUÇÃO DO ESTADO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO – ELEMENTOS INICIAIS PARA A COMPREENSÃO DO NOVO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO**

Os direitos fundamentais, inicialmente foram criados a partir de uma perspectiva histórico-filosófica.<sup>86</sup> Ao longo da história, valores como a dignidade da pessoa humana, a ideia de

---

<sup>85</sup> Idem, *ibidem*, p. 17.

<sup>86</sup> Sobre os direitos fundamentais, Alexy refere que é possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social, sendo apenas três exemplos e que cada uma contribui para o esclarecimento acerca dos direitos fundamentais. ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 31. Os direitos fundamentais foram criados inicialmente, como instrumento de limitação do poder estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade. Ou seja, eles surgiram como barreira ou escudo de proteção dos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado em sua vida privada e contra o abuso de poder. MARMELSTEIN, *Op. Cit.*, p. 31. Segundo Hesse “num Estado de Direito, os direitos fundamentais operam como limite da ação estatal, como garantia dos fundamentos do ordenamento jurídico, em particular dos institutos essenciais do ordenamento jurídico privado; obrigam a proteger os conteúdos que garantem mediante procedimentos adequados”. HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37. Os direitos fundamentais foram produtos de teorias filosóficas. Ideias como de humanidade, igualdade, segundo Canotilho, já vinham expressas no pensamento sofisticado e estoíco. Os estoícos em suas obras faziam referência aos direitos fundamentais, uma vez que a ideia de dignidade e igualdade pertencia a

justiça, de igualdade, de liberdade sempre estiveram presentes nas sociedades humanas. É certo, como afirma Bobbio,<sup>87</sup> que os direitos do homem,<sup>88</sup> por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, esses direitos nasceram em determinadas circunstâncias e de modo gradual, em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. Bobbio<sup>89</sup> postula que os direitos do homem constituem uma categoria variável, ou seja, se modificam conforme as condições históricas determinantes. Assim, ele afirma que não existem direitos fundamentais por natureza.

O argumento “por natureza” foi utilizado somente para justificar de forma racional a própria ideia ou fundamento acerca de determinadas exigências do homem, ou seja, os direitos surgiam em determinado momento histórico, marcados por lutas e movimentos da realidade social da época. O que se verifica, segundo Bobbio,<sup>90</sup> é que em determinada época histórica os direitos possuem fundamental importância no contexto político-ideológico e social, mas não sendo fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Nessa direção converge Silva,<sup>91</sup> que acredita serem os direitos fundamentais históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Reforça ainda a ideia de historicidade com o seu aparecimento na revolução burguesa – evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos –.

Além da historicidade, atribui-se outras três características aos direitos fundamentais: a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Seriam inalienáveis por serem direitos intransferíveis e inegociáveis, dado o seu conteúdo não-patrimonial e constitucionalmente indisponíveis, pois deles não se pode desfazer; imprescritíveis porque em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição; e irrenunciáveis porque personalíssimos. “não se renunciam direitos fundamentais”.<sup>92</sup> Na verdade o que ocorre é o seu não exercício ou a perda<sup>93</sup> do direito fundamental.

todos os homens, não eram direitos limitados ao espaço da *polis*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *Op. Cit.*, p. 381.

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. [10ª tiragem]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 05.

<sup>88</sup> Conforme Ferreira Filho, “no diálogo político, não mais se fala em direitos do homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu repúdio da mesma, acusando-a de “machista”. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

<sup>89</sup> BOBBIO, A era dos direitos, *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>91</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 183.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 183. Conforme Andrade só é possível verificar determinada renúncia ou a possibilidade de renúncia a direito fundamental quando estiverem presentes as circunstâncias do caso concreto, pois as garantias e direitos não se resolvem abstratamente. “contudo, apesar das distinções entre os direitos, o problema da disponibilidade e do grau de disponibilidade dos direitos, liberdades e garantias pelos seus titulares não se resolve em abstracto, constitui um

Cumpra observar que os direitos fundamentais ligam-se intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Parafraseando Andrade,<sup>94</sup> ambos têm uma característica comum – ligam-se ao longo dos tempos –, quer dizer, sempre que se afirmar outro entendimento das necessidades da dignidade da pessoa humana, surgirá um novo direito para garantir a novas dimensões normativas.

Os direitos fundamentais da pessoa humana representam projeções normativo-axiológicas na ordem constitucional e, conseqüentemente, de todo o sistema jurídico.<sup>95</sup> Sob essa mesma perspectiva, Häberle enfatiza que a dignidade humana constitui a “base” do Estado Constitucional, na medida em que expressa as suas premissas antropológico-cultural. Mediante a ação recíproca entre o Estado e a comunidade estatal, projeta-se a força protetiva na defesa do bem jurídico-constitucional. A partir dessa ação recíproca se constitui a dignidade do Homem.<sup>96</sup>

Com efeito, é necessário o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Há que se considerar que as condições de vida com dignidade e bem-estar variam conforme a dimensão histórico-cultural e política na qual a sociedade encontra-se inserida.

No entender de Fensterseifer<sup>97</sup> há que se considerar que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituem dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época, o que se harmoniza com a dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, também dos direitos fundamentais que lhe são inerentes. Nessa perspectiva, Häberle<sup>98</sup> destaca que a dignidade humana possui conexão com os direitos fundamentais individualmente considerados, ou seja, situando-a no contexto cultural e com os “objetivos estatais”, permitindo uma definição a partir do homem-sujeito; por outro lado a dimensão democrática da dignidade permite a compreensão dos direitos fundamentais específicos na perspectiva de “direitos dos povos” e não “do povo”, caracterizando feições universais. É a busca pelo bem comum.

---

problema que, em última análise, só é susceptível de uma solução definitiva nas circunstâncias dos casos concretos”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 313.

<sup>93</sup> No Brasil, a Constituição traz algumas previsões de perda de direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, do artigo 15 CF/88. Nele há uma expressa previsão de perda de direitos políticos em razão de situações definidas. Insta salientar que nem todas as hipóteses do artigo 15 são de perda. Há as hipóteses de suspensão. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

<sup>94</sup> ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>95</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>96</sup> HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, *Op. Cit.*, p. 101.

<sup>97</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>98</sup> HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, *Op. Cit.*, p. 101.

O processo histórico-civilizatório assume um caráter relativo dos direitos fundamentais, pois, a partir do momento em que os direitos do homem incorporam-se no ordenamento jurídico dos Estados, através da positivação dos direitos fundamentais, permite que a sociedade modifique ou englobe as dimensões de dignidade, para além da perspectiva individual, mas para todos os seus membros. Nas lições de Canotilho,<sup>99</sup> “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação”. Isso quer dizer que é necessária a constitucionalização<sup>100</sup> dos direitos do homem – a dimensão normativa constitucional na ordem jurídica.

A partir de tal perspectiva, a ampliação, a transformação e a definição da ideia de direitos fundamentais do homem no processo histórico-civilizatório, representa uma tarefa complexa, de difícil caracterização. O conceito preciso de direito fundamental não é tarefa fácil, e, assim, são utilizadas várias expressões terminológicas para designá-los, tais como: direitos do homem, direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem, entre outros.

A doutrina conceitua os direitos fundamentais nas mais variadas espécies. Sarlet<sup>101</sup> refere que existe o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro. É o exemplo do citado artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988. A citada norma traduz o entendimento de que, muito além do conceito formal de Constituição e de direitos fundamentais, há um conceito material, ou seja, no sentido de existirem direitos que devido ao seu conteúdo pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Com base no entendimento subjacente ao art. 5º, § 2º da CF, podemos, segundo Sarlet,<sup>102</sup> cogitar duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional).

Por sua vez, Andrade<sup>103</sup> reconhece a existência de direitos fundamentais apenas em sentido formal, ou seja, incluídos no catálogo constitucional. Ele explica que devido a um critério de substância e importância, não se enquadrariam no conceito material de direitos fundamentais.

---

<sup>99</sup> CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, *Op. Cit.*, p. 377.

<sup>100</sup> Em face dessa constitucionalização dos direitos do homem no ordenamento jurídico constitucional, Canotilho refere que: “sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional”. *Idem*, p. 377.

<sup>101</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 92-93.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 95.

<sup>103</sup> ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 75 e ss.

A partir da análise do parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, verifica-se que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios são posições material e formalmente fundamentais fora do catálogo, diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º ao 4º) de nossa Carta Política.<sup>104</sup> Nesse diapasão, os direitos fundamentais não são apenas as disposições expressas na Carta Política de 1988, mas também os que encontram-se previstos implicitamente no texto constitucional. Sarlet<sup>105</sup> pontua que:

É inquestionável que a abertura material do catálogo abrange os direitos individuais, considerados como tais e para os efeitos deste trabalho os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado, isto é, centrados numa atitude de abstenção dos poderes públicos, o que pode ser deduzido tanto da expressão literal da norma, quanto da sua localização no texto.

É de referir que a doutrina ainda não se encontra pacificada no que se refere aos direitos materialmente fundamentais, de modo especial aqueles que não encontram assento na Constituição formal, e também a dificuldade em identificar, no texto constitucional ou fora dele, quais os direitos que efetivamente reúnem as condições para poder ser considerados materialmente fundamentais.<sup>106</sup>

Apesar das divergências doutrinárias, pode-se compreender que os direitos fundamentais são princípios jurídicos e positivamente vigentes no ordenamento constitucional; traduzem a concepção de dignidade da pessoa humana e legitimam o sistema jurídico estatal.<sup>107</sup> Essa concepção pode ser extraída do pensamento de Alexy<sup>108</sup> que identifica os direitos fundamentais como aqueles direitos positivos vigentes em um determinado ordenamento jurídico.

Inicialmente, importante caracterizar a dupla dimensionalidade dos direitos fundamentais, os quais assumem uma concepção objetiva e subjetiva. Os direitos fundamentais podem assumir posições jurídicas subjetivas quando identifica pretensões do indivíduo frente ao Estado; também podem assumir posições a partir de uma perspectiva objetiva quando os valores são compartilhados socialmente, na coletividade. Essa é a perspectiva de Canotilho<sup>109</sup> que refere o seguinte: “um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o *indivíduo*, para os seus interesses, para a sua

<sup>104</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 110.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 96.

<sup>106</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 95-96.

<sup>107</sup> CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. *Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 15.

<sup>108</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>109</sup> CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, *Op. Cit.*, p. 1256.

situação da vida, para a sua liberdade”. Já a perspectiva objetiva de uma norma consagrada de um direito fundamental ocorre “quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária”.

Nessa perspectiva, Mendes<sup>110</sup> entende que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, pois, enquanto direitos subjetivos, tais direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento da ordem objetiva, os direitos fundamentais (...) formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Nesse sentido, Andrade<sup>111</sup> explica que a generalidade dos autores alude à existência de uma dupla dimensão, de uma dupla natureza, de um duplo caráter ou de uma dupla função dos direitos fundamentais, tanto no aspecto subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais.

Porém, alerta Andrade,<sup>112</sup> que esses conceitos surgem como lugares comuns, utilizados nos mais diversos sentidos e variados propósitos, sem que o seu significado concreto esteja bem definido, tornando-se um *joker* no jogo da ciência jurídico-constitucional, ou seja, válido nas mais diversas situações de emergência.

A respeito dessa indeterminação terminológica, Canotilho<sup>113</sup> alerta para os problemas da crise de representação no plano da envolvimento dos direitos constitucionais nacionais pelo emergente direito constitucional global ou internacional e pelo já vigente direito constitucional comunitário, e da erupção de novos direitos e novos deveres, intimamente relacionados com a liberdade e dignidade da pessoa humana e com os outros seres da comunidade biótica (direitos fundamentais dos seres vivos). (...).

Para ampliar essa reflexão, coloca-se em pauta a relação existente entre o homem e a natureza. Gavião Filho<sup>114</sup> aponta que “da relação entre o homem e a natureza fez ingressar na pauta do discurso jurídico a problemática das questões ambientais”. Os movimentos políticos dirigidos às causas ambientais desenvolvidos a partir dos anos sessenta resultaram, primeiro, na produção de documentos internacionais como a Declaração de Estocolmo de 1972 e, segundo, na constitucionalização do ambiente. Dos anos setenta em diante, assistiu-se, na grande maioria dos Estados, à inserção de normalizações constitucionais relacionadas ao ambiente. Esse fenômeno foi

---

<sup>110</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 468-469.

<sup>111</sup> ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 108.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>113</sup> CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>114</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 13.



seguido por outro, não menos significativo, que correspondeu à abundante produção legislativa infraconstitucional sobre a matéria.<sup>115</sup>

A configuração jurídica do direito fundamental ao meio ambiente encontra fundamento no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Sob essa perspectiva é possível uma análise do direito ao meio ambiente a partir de três dimensões, enquanto uma teoria dogmática dos direitos fundamentais. Conforme Alexy “é possível distinguir três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa”.<sup>116</sup>

A dimensão analítica diz respeito a uma análise sistemático-conceitual do direito fundamental ao meio ambiente, relacionando-o com os demais direitos fundamentais, especialmente àqueles que entram em rota de colisão. Exige o exame da estrutura do sistema jurídico e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a ponderação ou sopesamento de bens. A dimensão empírica pode ser compreendida a partir do Direito positivamente válido com a descrição do direito nas leis (legislado), incluindo também a descrição e o prognóstico da práxis jurisprudencial (jurisprudência). É justamente no âmbito dos direitos fundamentais que o direito legislado não oferece muita coisa, ou seja, devido à abertura semântica de suas normas não oferece um conceito positivista de direito e de validade. A dimensão empírica pressupõe conceitos amplos e polifacetados de direito e de validade, sendo perceptíveis exatamente quando há a atuação do legislador. A terceira dimensão, a normativa, vai além da dimensão empírica, diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial. É objetivo, nessa dimensão, determinar qual a decisão correta – a resposta correta – em um caso concreto. Busca-se uma solução, uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pela Constituição.<sup>117</sup>

A relevância de novos direitos como os que tratam da importância de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado encontra fundamento na obra do jurista alemão Alexy. Uma teoria dos direitos fundamentais, especialmente enquanto teoria estrutural pressupõe clareza analítico-conceitual. É uma condição elementar da racionalidade de qualquer ciência, acrescentando que, para as disciplinas práticas que são controladas por experiências empíricas, esse postulado tem um significado ainda maior.<sup>118</sup>

A partir dessas premissas, no decorrer desse trabalho buscar-se-á analisar o direito ao meio ambiente e a sua proteção primeiramente com a sua constitucionalização que decorre do

---

<sup>115</sup> Idem, p. 13.

<sup>116</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>117</sup> Idem, p. 33-36.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 43.

artigo 225 da Constituição Federal de 1988 e, em um segundo momento, o reconhecimento do direito ao meio ambiente como um legítimo direito fundamental.

Cumpre-se destacar que, inicialmente, em razão da importância que o novo modelo ou paradigma Estatal – o Estado Socioambiental de Direito – ocupa no atual contexto político-jurídico e social, estando intrinsecamente atrelado à doutrina dos direitos fundamentais, far-se-á uma análise do meio ambiente a partir das diversas concepções de Estado, compreendendo como a tutela ambiental se fez presente em cada um dos paradigmas estatais, até o momento que o meio ambiente é lançado ao *status* de direito fundamental.

## 2.1 EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO: PRESSUPOSTOS DO NOVO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO – NOTAS INTRODUTÓRIAS

A sociedade contemporânea vive um processo de intensos contrastes, marcado especialmente pelo desenvolvimento tecnológico, político e social da humanidade. A sociedade, ao mesmo tempo em que luta incessantemente por novas riquezas, valorizando o antropocentrismo<sup>119</sup> tradicional, caracterizado pela preocupação exclusiva como o bem-estar do homem, paradoxalmente, no entanto, constata-se que, cada vez mais, que o ser humano distancia-se da natureza e dos valores associados a ela. Nesse sentido, segundo Ost<sup>120</sup> é um período de crise, “eis a crise ecológica, (...) a crise da nossa representação da natureza, a crise da nossa relação com a natureza”. Ost<sup>121</sup> pondera, referindo que se trata da perda do vínculo com a natureza, o que liga e obriga a nossa relação com ela, ou, por outras palavras, as raízes que permitem a possibilidade de partilha entre o homem e a natureza; e da noção de limites em relação a ela, ou seja, a diferença que nos distingue dos animais. Ele denomina a crise do vínculo e a crise do limite como uma crise de paradigma. “Crise do vínculo: já não conseguimos discernir o que nos liga ao animal, ao que tem vida, à natureza; crise do limite: já não conseguimos discernir o que deles nos distingue”.

---

<sup>119</sup> Nos dizeres de Boff “O antropocentrismo instaura uma atitude centrada no ser humano e as coisas têm sentido somente na medida em que a ele se ordenam e satisfazem seus desejos. Nega a relativa autonomia que elas possuem. Mais ainda, olvida a conexão que o próprio ser humano guarda, quer queira quer não, com a natureza e com todas as realidades, por ser parte do todo. Por fim, ignora que o sujeito derradeiro da vida, da sensibilidade, da inteligibilidade e da amortização não somos, em primeiro lugar nós, mas o próprio universo, a Terra. Ela manifesta sua capacidade de sentir, de pensar, de amar e de venerar por nós e em nós. O antropocentrismo desconhece todas estas imbricações”. BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*. 18. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 108.

<sup>120</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 08.

<sup>121</sup> Idem, p. 09.

Em primeiro momento, constata-se que a sociedade, desde as últimas décadas, lutou e continua lutando incessantemente para gerar riquezas, seja no campo da economia, das descobertas técnico-científicas, utilizando-se dos recursos ecológicos como forma de buscar melhores condições de vida ao próprio homem. Na luta por esse projeto da modernidade, imergimos em uma crise de civilização que surgiu nas últimas décadas do século XX. Leff,<sup>122</sup> ao se referir à crise de civilização, pontua que é justamente no campo da problemática ambiental – a poluição e degradação do meio, a crise de recursos naturais, energéticos e de alimentos – que se questiona a racionalidade econômica e tecnológica dominantes. Por um lado, é percebida como resultado da pressão exercida pelo crescimento da população sobre os limitados recursos do planeta. Por outro, é interpretada como o efeito da acumulação de capital e da maximização da taxa de lucro a curto prazo, que induzem padrões tecnológicos de uso e ritmos de exploração da natureza, bem como formas de consumo, que vêm esgotando as reservas de recursos naturais, degradando a fertilidade dos solos e afetando as condições de regeneração dos ecossistemas naturais.

Nesse sentido, observa-se que a problemática ambiental gerou mudanças globais em sistemas socioambientais complexos que afetam as condições de sustentabilidade do planeta, propondo a necessidade de internalizar as bases ecológicas e os princípios jurídicos e sociais para a gestão democrática dos recursos naturais, conforme explica Leff. No entendimento do autor, estes processos estão intimamente vinculados ao conhecimento das relações sociedade-natureza: não só estão associados a novos valores, mas a princípios epistemológicos e estratégias conceituais que orientam a construção de uma racionalidade produtiva sobre bases de sustentabilidade ecológica e de equidade social. Desta forma, a crise ambiental problematiza os paradigmas estabelecidos do conhecimento e demanda novas metodologias capazes de orientar um processo de reconstrução do saber que permita realizar uma análise integrada da realidade.<sup>123</sup>

Com efeito, em um segundo momento, o que se verifica é que nossas ações e omissões no atual modelo de crise ambiental estão destruindo o planeta. Essa destruição coloca em risco a existência da própria sociedade e de todos os recursos naturais da Terra. No contexto delineado pelos modernos desafios postos na sociedade contemporânea, incluindo a proteção do meio ambiente, Leite e Ayala<sup>124</sup> destacam que o surgimento do direito ambiental e, respectivamente da crise ambiental estão justamente vinculados a um esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial experimentados pela sociedade industrial que resultam em degradação

---

<sup>122</sup> LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 61.

<sup>123</sup> Idem, p. 61-62.

<sup>124</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 26.

ambiental. Sob essa abordagem, Goldblatt<sup>125</sup> refere, em análise de Beck, que “embora os riscos que ameaçaram as sociedades industriais fossem importantes a nível local e frequentemente devastadores a nível pessoal, os seus efeitos acabavam por ficar limitados em termos de espaço. Não ameaçaram sociedades inteiras”. As ameaças causadas pelos métodos industriais, como as siderurgias, não ameaçaram populações inteiras, nem o planeta no seu todo. Por outro lado, as formas contemporâneas de degradação do ambiente “não estão limitadas em termos de espaço ao âmbito do seu impacto, nem estão confinadas em termos sociais a determinadas comunidades. São potencialmente globais no âmbito do seu alcance”.

A nossa civilização passa por uma crise na esfera econômica e ambiental. A constatação de que os recursos naturais da Terra estão escassos, tanto na economia quanto na natureza comprova a necessidade de se adotarem políticas globais orientadas para um desenvolvimento sustentável, devendo-se ter em conta a dimensão social, econômica e ambiental como objetivos estatais. A partir de tal premissa, Leff<sup>126</sup> afirma que a economia de mercado e o aproveitamento sustentável dos recursos e avanços tecnológico-científicos exigem estratégias políticas orientadas à solução da problemática ambiental e à geração de um desenvolvimento sustentável, fundado num aproveitamento integrado de recursos; acrescenta que as referidas políticas requerem uma análise teórica das causas profundas das crises do capital e de suas próprias estratégias.

Nesse contexto, os novos desafios globais postos nas relações entre a sociedade e a natureza, apresentam-se de forma dinâmica e complexa. Exigem, no atual estágio de degradação ambiental, o comprometimento efetivo de todos – Estado e sociedade – na tutela do meio ambiente. Nesta perspectiva, Leite e Ayala<sup>127</sup> defendem a noção de um Estado de Direito Ambiental. Segundo eles, em linhas gerais, o Estado de Direito Ambiental pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente. Conforme Leite e Ayala<sup>128</sup>, a proliferação de ameaças imprevisíveis e invisíveis, proveniente do fenômeno da inovação e desenvolvimento tecnológico produzem consequências que expõem a sociedade contemporânea a situações de risco. Os

---

<sup>125</sup> GOLDBLATT, *Op. Cit.*, p. 231-232.

<sup>126</sup> LEFF, Epistemologia ambiental, *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>127</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>128</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 12-18. Os autores supra-citados trabalham o conceito de risco nas sociedades contemporâneas a partir de Beck e De Giorgi, segundo o qual “nas sociedades contemporâneas não há mais condições de representação com certeza e segurança. Qualquer esforço nesse sentido seria dedutível em termos de uma descrição apenas simplificada de uma provável ou possível sociedade”(…). DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. In: *Revista Sequência* – Revista do Curso de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, ano 15, nº 28, jun. 1994, ps. 45-47. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998 *apud* LEITE; AYALA, *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*, *Op. Cit.*, p. 14-15.

instrumentos de controle desses novos problemas falham e são incapazes de prevê-los e, principalmente, de gerar segurança ao cidadão e controlar as contingências.

Ao discorrer sobre o tema, Belchior<sup>129</sup> aponta que é a crise ambiental que ora se enfrenta em razão do processo da civilização hodierna, vinculado à globalização, ao desenvolvimento em todas as esferas e à sociedade de risco que de fato marca a passagem para o Estado de Direito Ambiental. Conforme refere, é imprescindível um meio ambiente sadio como condição para que exista a vida. “Se não existir um meio ambiente sadio, não há vida”.

Ao longo do século XX, a sociedade assistiu sob o quadro do ordenamento jurídico brasileiro a atuação do Estado e das suas diversas formas de ideologias. Enquanto na ideologia liberal seu pressuposto fundamental é o máximo de bem-estar com o mínimo possível da presença do Estado, já na ideologia socialista,<sup>130</sup> por sua vez, o Estado assume o papel central da atividade econômica na sociedade. Seus pressupostos, enquanto cumpridores das necessidades e expectativas individuais e sociais, era a garantia de segurança e bem-estar coletivo – o que inclui um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado – para todos os cidadãos.

Tanto as ideologias liberais como as socialistas não souberam lidar com a crise ambiental como acentua Leite e Ayala,<sup>131</sup> considerando que ambos, o capitalismo industrialista, no primeiro caso, e o coletivismo industrialista, no segundo, puseram em prática um modelo industrial agressivo aos valores ambientais da comunidade. Com efeito, a degradação ambiental e a crise social ambiental no atual quadro contemporâneo é fruto de uma visão clássica de desenvolvimento e crescimento econômico experimentados em um industrialismo totalmente agressivo aos recursos naturais. A promessa de bem-estar e melhor qualidade de vida para todos não foi cumprida como decorrência do modelo da revolução industrial. O Estado de bem-estar não cumpriu aquilo que prometeu.<sup>132</sup>

Diante de tais considerações, a proteção do meio ambiente manifesta-se como um dos valores constitucionais mais relevantes a serem tutelados e incorporados como tarefa do novo modelo estatal, ou seja, o Estado Socioambiental de Direito. É um dos novos desafios impostos pela sociedade de risco, referida por Beck,<sup>133</sup> diz respeito à dignidade da pessoa humana, a uma

---

<sup>129</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 117.

<sup>130</sup> Na lição de Bonavides, “O Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 200.

<sup>131</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>132</sup> *Idem*, p. 26-27.

<sup>133</sup> GOLDBLATT, *Op. Cit.*, p. 227-247 em análise de Beck.

vida digna e saudável e a responsabilidade que o Estado assume de evitar a degradação ambiental sob o ponto de vista ecológico e social.

Nesse sentido, Fensterseifer<sup>134</sup> esclarece que o processo histórico, cultural, econômico, político e social gestado ao longo do século XX determinou o momento que se vivencia hoje no plano jurídico-constitucional, marcando a passagem do Estado Liberal ao Estado Social e chegando-se ao Estado Socioambiental, também Constitucional e Democrático, que, segundo o autor, a proteção do meio ambiente surge como um dos direitos de natureza transindividual, seu exemplo mais expressivo na ordem jurídico-constitucional presente.

Com efeito, especialmente sobre o dever estatal de tutela (deveres de proteção) referente ao dever do Estado de proteger ativamente o direito fundamental (ambiental), Dimoulis e Martins,<sup>135</sup> à luz da dogmática e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão afirmam que os deveres de proteção foram identificados na hipótese em que ao Estado é conferido a observância de fomentar a segurança, proteger e de tomar medidas que visem prevenir riscos e perigos relativamente ao desenvolvimento tecnológico, uma vez que compromete uma série de direitos fundamentais como a vida, saúde e ao equilíbrio ambiental.

Nessa perspectiva, torna-se necessário o enfrentamento das novas ameaças e riscos postos pela sociedade e a observância do Estado contemporâneo de se adequar ou remodelar-se a cada contexto histórico-político e social, com vistas à proteção do meio ambiente tal como contemplada na ordem constitucional brasileira. No entanto, essa forma do Estado se adequar as novas ameaças e crises no horizonte das sociedades contemporâneas, ou melhor, uma sociedade complexa e de risco, constitui um desafio ao próprio Estado e também ao próprio ordenamento jurídico; é importante mencionar que, não somente o Estado, mas também o Direito, especialmente o Direito Constitucional, necessita de instrumentos eficazes que possam dar conta da diversidade ideológico-político-social, com interesses diversos.

Nesse ínterim, a ideia de uma sociedade pluralista (pluralismo jurídico)<sup>136</sup> e de uma democracia é suficiente para demonstrar à extrema tensão das normas constitucionais, uma vez que envolvem direitos e interesses fundamentais em jogo.

---

<sup>134</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>135</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 114-116.

<sup>136</sup> WOLMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

## 2.2 ESTADO LIBERAL DE DIREITO: LIBERDADE INDIVIDUAL, SEGURANÇA JURÍDICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

Como já referido, a crise ambiental tem sua origem na própria ação humana, principalmente quando há a exploração dos recursos naturais de forma indiscriminada, bem como formas de consumo que esgotam as reservas naturais do planeta. Como afirma Milaré,<sup>137</sup> “essa crise (...) parece ser consequência da verdadeira guerra que se trava em torno da apropriação dos recursos naturais limitados para satisfação de necessidades e caprichos ilimitados”. O autor pontua que o que está na raiz de grande parte dos conflitos que se estabelecem no seio da comunidade mundial é justamente o fenômeno que se trava entre os bens finitos *versus* necessidades infinitas.<sup>138</sup>

No decorrer das últimas décadas, foi possibilitado ao homem a consolidação e a construção de alguns conceitos relativos à temática ambiental, especialmente quanto à sua proteção. O homem assume uma nova postura diante do futuro de nosso planeta, desperta-se uma nova posição e um amplo redimensionamento da sociedade em face do meio ambiente. Por conseguinte, Milaré<sup>139</sup> afirma que isso não significa que os novos conceitos e posições sejam pacíficos e aceitos pela sociedade. “Simplesmente se quer dizer que está colocada em jogo toda a cadeia de relações que o homem vem mantendo há séculos (para não dizer milênios) com os demais componentes do ecossistema planetário da Terra”.

O homem, durante décadas, valorizou o antropocentrismo clássico, dispondo dos bens naturais de forma indiscriminada da melhor forma que lhe aprouvesse. Essa condição fez emergir o que hoje pode-se chamar de uma *crise de civilização*.<sup>140</sup> O racionalismo moderno e o desvendamento dos segredos da natureza ensejaram ao homem a posição de arrogância e de ambição desmedidas que caracterizam o mundo ocidental contemporâneo afirma Milaré.<sup>141</sup> Conforme afirma o autor, o desenvolvimento científico-tecnológico submetido ao controle de capital para efeitos de produção e criação de riquezas artificiais desembocou em uma lamentável “coisificação” da natureza e dos seus encantos.<sup>142</sup>

---

<sup>137</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 228.

<sup>138</sup> Idem, p. 228.

<sup>139</sup> Idem, p. 104.

<sup>140</sup> LEFF, Epistemologia ambiental, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>141</sup> MILARÉ, *Op. Cit.*, p. 105.

<sup>142</sup> Idem, p. 105.

Diante desse panorama, Fensterseifer<sup>143</sup> enfatiza a necessidade de se combater a hipertrofia do indivíduo e a base axiológica marcadamente patrimonialista do modelo do Estado Liberal, o “novo” Estado de Direito projeta como seu estandarte axiológico o terceiro (...) lema da Revolução Francesa – a solidariedade ou fraternidade – de cunho eminentemente existencial, comunitário e universalista. O autor destaca a importância do novo projeto da comunidade estatal, o modelo de Estado Socioambiental: “a fim de reparar o débito social do projeto burguês do Estado Liberal e agregar a dimensão coletiva da condição humana alçada pelo Estado Social, projeta-se, hoje, no horizonte jurídico da comunidade estatal o modelo de Estado Socioambiental”.

Nesse sentido, é importante uma abordagem acerca da evolução do Estado, da tutela do meio ambiente, assim como o estudo da dimensionalidade dos direitos fundamentais, desde o advento do Estado Liberal até o novo modelo de Estado de Direito.

Ressalta-se, inicialmente, a necessidade de uma compreensão acerca da relação entre Estado e Direito, uma vez que, para se estudar o Estado, deve-se considerar o Direito. Os dois institutos encontram-se plenamente interligados. Acerca da relação entre Estado e Direito, Dallari<sup>144</sup> afirma que “é impossível compreender-se o Estado e orientar sua dinâmica sem o direito e a política, pois toda fixação de regras de comportamento se prende a fundamentos e finalidades, enquanto que a permanência de meios orientados para certos fins depende de sua inserção em normas jurídicas”.

Na lição de Dallari, portanto, o caráter político e o jurídico são componentes essenciais do Estado, pois sua dinâmica depende desses dois elementos. O primeiro é voltado para fins políticos, diz respeito aos valores fundamentais do indivíduo, é onde o Estado participa da natureza política, ou seja, exerce um poder político com o intuito de buscar e de promover os valores do indivíduo e da sociedade. O segundo objetiva assegurar o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, o Estado deve procurar o máximo de juridicidade.<sup>145</sup>

Segundo Maluf:<sup>146</sup> “O *Estado* é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o *Direito* é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar”. Pode-se afirmar que ao Direito cumpre legitimar o poder do Estado, na lição de Bastos.<sup>147</sup> Conforme o autor “o Estado tem poder. Esse poder é legitimado pelo direito, que é uma regra emanada da sociedade e fundamentada na lei

<sup>143</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>144</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

<sup>145</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>146</sup> MALUF, *Op. Cit.*, p. 01.

<sup>147</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 54.



moral, na lei social”. Bastos<sup>148</sup> explica que o Estado de Direito consiste em uma ordem jurídica capaz de enunciar e tutelar os direitos de cada cidadão.

Para Kelsen,<sup>149</sup> do ponto de vista de um positivismo jurídico, o Direito, precisamente como o Estado, configura-se como uma ordem coercitiva de conduta humana, com o que nada se afirma sobre seu valor moral ou de justiça. Nesse sentido, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito, nada mais, nada menos.

Partindo dessas premissas, significa que o Estado legitima seu poder pela segurança e pela validade oferecida pelo Direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado, conforme a lição de Wolkmer em análise a Kelsen.<sup>150</sup>

Ressalta-se que, cada modelo de Estado implica, necessariamente, um novo e fundamental papel do Direito. É importante que seja realizado o estudo concomitante entre o Estado e o Direito para que se compreenda esta nova realidade de paradigma estatal, o Estado Socioambiental de Direito. Assim, será possível o estudo do meio ambiente, a sua proteção e como ele vem sendo tutelado pelos modelos estatais, até ser introduzido ao rol dos direitos fundamentais. “Deve-se atentar que em cada modelo estatal são criados novos institutos, enquanto outros são redimensionados, a fim de atender aos reclamos da sociedade, conforme reporta Belchior”.<sup>151</sup>

Bonavides<sup>152</sup> enfatiza que do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções – a da liberdade e a da igualdade – seguidas de mais duas, que se desenrolam debaixo de nossas vistas e que estalaram durante as últimas décadas. Uma é a revolução da fraternidade, tendo por objeto o Homem concreto, a preocupação com o sistema ecológico planetário. A outra é a revolução do Estado social em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade. Observa o autor que a Revolução do século XVIII, com as divisas da liberdade, igualdade e fraternidade, foi desencadeada precipuamente para implantar um constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais.

---

<sup>148</sup> Idem, *ibidem*, p. 54-55.

<sup>149</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 353.

<sup>150</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

<sup>151</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>152</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 147 e 152.

Conforme observa Bastos<sup>153</sup> o Estado Liberal, também chamado por alguns de Estado constitucional, é o que vai procurar atingir maior eficiência da liberdade individual ou pessoal do indivíduo contra a tirania do Estado. Mas, conforme destaca Bastos, não se deve confundir Estado Liberal com democracia, uma vez que esta visa ao atingimento da liberdade dos cidadãos. Segundo o autor, democracia tem como significado a participação ou governo da maioria; é o cidadão participando ativamente das decisões estatais. Significa, também, a proteção de um Estado meramente negativo, ou seja, a proteção da liberdade do indivíduo contra as intromissões de outrem.

Para caracterizar de forma mais clara a concepção de Estado Liberal, Bastos<sup>154</sup> explica que seu pressuposto fundamental é a busca pelo máximo de bem-estar comum em todos os campos com a menor presença possível do Estado. (...) Sua máxima principal encontra-se esculpida na expressão francesa “*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*” (Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só”).

Foi assim que o Estado Liberal representou, na época, um Estado absentéista. O indivíduo era livre para agir e realizar as suas escolhas fundamentais conforme lhe aprouvesse, sem nenhuma limitação imposta pelo Estado, a não ser quando a presença do Estado far-se-ia necessária para coibir abusos e omissões por meio de lei. Assim, explica Bittar,<sup>155</sup> que “as leis são criadas com base na emanção da própria soberania do povo (não importa quem exerce o poder legiferante, importa que o povo sempre será o detentor da soberania), na acepção rousseauiana, para que a ordem se mantenha e se perpetue”.

De acordo com a lição de Bonavides,<sup>156</sup> na doutrina liberal o Estado foi caracterizado como o fantasma que atemorizou o indivíduo. “O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”.

Na visão clássica do Estado Liberal, a Constituição, primordialmente, era reduzida a um instrumento político-jurídico que tinha como finalidade normativa limitar o poder estatal. Nesse sentido, Belchior<sup>157</sup> observa que:

O Estado Liberal tem como característica o constitucionalismo clássico, em que a Constituição era reduzida a um instrumento jurídico que tinha como finalidade básica limitar ou enfrear o exercício do poder estatal. O poder estava adstrito às normas que almejavam a liberdade, protegendo, assim, o indivíduo. E, para se ter liberdade, era

<sup>153</sup> BASTOS, *Op. Cit.*, p. 138.

<sup>154</sup> *Idem*, p. 139. (sem grifo no original).

<sup>155</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história das ideias políticas*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 186-187.

<sup>156</sup> BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, *Op. Cit.*, p. 40.

<sup>157</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 71.

preciso segurança na ordem jurídica. A liberdade individual e, conseqüentemente, a segurança jurídica eram os primados básicos do Estado Liberal.

Seguindo essa orientação, de acordo com Dallari<sup>158</sup> os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Como fim da sociedade política, concebe-se os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e a resistência à opressão como direitos naturais e imprescritíveis do homem. Assim, refere Dallari que “nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio da lei, que é a expressão da vontade geral”.

Surgem, assim, os direitos fundamentais de primeira geração. Direitos civis e políticos que conferem aos indivíduos pretensões de direito subjetivo frente à atuação do Estado, como direitos de defesa.<sup>159</sup> São direitos de cunho negativo, uma vez que permite ao indivíduo resistir a uma possível atuação do Estado na esfera da sua liberdade. Esclarece Marmelstein,<sup>160</sup> “que os direitos civis e políticos, resultantes das declarações liberais, são conhecidos como direitos de primeira geração. O grito da liberdade fora dado”.

Nessa perspectiva, Sarlet<sup>161</sup> explica que os direitos fundamentais de primeira geração originam-se do pensamento liberal-burguês do século XVIII, especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, difundindo-se, principalmente, com os jusfilósofos Hobbes, Locke, Rosseau e Kant, cuja finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras constituições escritas do mundo ocidental.

Refere Sarlet,<sup>162</sup> que o pensamento liberal-burguês, de cunho eminentemente individualista, surgiu e afirmou-se como direitos negativos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia em face de seu poder. São, por esse motivo, conforme explica Bonavides,<sup>163</sup> direitos fundamentais de *status negativus* da classificação de Jellinek, tendo por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência<sup>164</sup> ou de oposição perante o Estado.

<sup>158</sup> DALLARI, *Op. Cit.*, p. 150.

<sup>159</sup> Conforme explica Steinmetz, “Na perspectiva liberal, os direitos fundamentais são essencialmente direitos de defesa”. STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 105.

<sup>160</sup> MARMELSTEIN, *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>161</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>162</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>163</sup> BONAVIDES, Curso de direito constitucional, *Op. Cit.*, p. 582.

<sup>164</sup> “Os direitos de resistência correspondem à concepção liberal clássica que procura impor limitações à atividade do Estado, para preservar a liberdade pessoal que inclui a atuação econômica e o usufruto da propriedade. Dessa forma,

Para se compreender de forma mais clara a classificação dos direitos fundamentais, importante fazer referência à teoria do *status*, de Jellinek. Essa teoria assegura aos indivíduos posições jurídicas diversas em relação ao Estado, caracterizadas como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”. O conceito de *status* é definido a partir de quatro divisões.<sup>165</sup>

O *status passivo* é aquele em que o indivíduo encontra-se em estado de sujeição em relação ao Estado, ou seja, no âmbito de cumprir com obrigações individuais. No *status ativo* são outorgadas ao indivíduo capacidades para participar do Estado, como o direito de votar. O *status negativo* refere-se à esfera individual de liberdade, na qual os fins individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo. Nessa modalidade de liberdade, as ações do indivíduo são juridicamente irrelevantes para o Estado, porque não são obrigatórias, nem proibidas.<sup>166</sup>

Já o *status positivo* garante ao indivíduo pretensões positivas, ou seja, o Estado confere ao indivíduo o “*status cívico*” quando lhe garante pretensões em seu favor e quando cria meios jurídicos para a sua realização. A capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado, deve ser compreendida nesse duplo sentido, uma conduta em favor do indivíduo, salientando-se que tal conduta poderá ser negativa, isto é, a uma abstenção estatal.<sup>167</sup>

Alexy,<sup>168</sup> apesar de reconhecer a importância histórica da teoria do *status* de Jellinek, faz algumas críticas. Ele esclarece que a teoria do *status* de Jellinek possui abstrações sobre posições de caráter elementar. Os *status* e as também nem sempre relações das diferentes posições elementares são claras. Contudo, essas deficiências podem ser suprimidas se se recorrer à teoria do *status* sobre uma teoria das posições jurídicas fundamentais.

Embora ainda existam divergências acerca do conteúdo dos direitos fundamentais, obscuridades e algumas deficiências como aponta Alexy,<sup>169</sup> “a teoria do *status* de Jellinek é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais”.

Para o autor,<sup>170</sup> de acordo com a interpretação liberal clássica, os direitos fundamentais estão destinados a proteger a esfera de liberdade individual frente às intervenções dos Poderes Públicos, sendo, portanto, direitos de defesa do cidadão frente ao Estado. Direitos de defesa do

---

objetiva-se afastar quaisquer possibilidades de intervenções arbitrárias na esfera individual”. DIMOULIS; MARTINS, *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>165</sup> JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1905, p. 83 e 86 *apud* ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 255.

<sup>166</sup> *Idem*, p. 256-268.

<sup>167</sup> *Idem*, p. 263-267.

<sup>168</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 269-270.

<sup>169</sup> *Idem*, p. 269.

<sup>170</sup> *Idem*, p. 433 e 442.

cidadão frente ao Estado são direitos a ações negativas (abstenções, omissões) do Estado, pertencendo ao *status* negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao *status* positivo em sentido estrito. O conceito de direito a prestações é compreendido de forma ampla, englobando todo o direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. É exatamente o contrário do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal.

A noção de direitos fundamentais de primeira dimensão, surgem, assim, como direitos destinados a proteger o cidadão contra o arbítrio estatal, caracterizando-se como direitos de defesa, tendo como premissa preservar a liberdade do indivíduo. No entendimento de Bonavides,<sup>171</sup> “quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse”.

O Estado Liberal era mínimo, ou seja, as suas ações restringiam-se basicamente à proteção da segurança interna e externa e à manutenção da propriedade dos seus cidadãos. Tal perspectiva relacionava-se num contexto social e político, onde o modelo econômico do *laissez faire* concebia a sociedade e o Estado contratualmente. Essa compreensão fundava-se no pressuposto da separação entre Estado e sociedade civil (esfera pública e privada), reciprocamente, Direito Público e Direito Privado. Assim, dentro desse paradigma estatal era estabelecido um conjunto de condições que visava impedir qualquer forma de interferência do Estado na liberdade contratual do indivíduo.

Sintetizando essas ideias, Sarmiento<sup>172</sup> esclarece que no âmbito do Direito Público, os direitos fundamentais eram vistos como limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo; por outro lado, no plano do Direito Privado, o qual disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o que vigorava era o princípio fundamental da autonomia da vontade.

Essas mesmas ideias, segundo Dallari,<sup>173</sup> parte da raiz individualista do Estado Liberal. Segundo o autor “ao mesmo tempo, a burguesia enriquecida, que já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural dos indivíduos”.

---

<sup>171</sup> BONAVIDES, Do Estado Liberal ao Estado Social, *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>172</sup> SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – (Pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 383.

<sup>173</sup> DALLARI, *Op. Cit.*, p. 278.

Sob tal perspectiva, interessante a lição de Andrade<sup>174</sup> que registra o seguinte:

Os direitos fundamentais triunfaram politicamente nos fins do século XVIII com as revoluções liberais. Aparecem, por isso, fundamentalmente, como *liberdades*, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida económica e social, como na vida pessoal. São liberdades sem mais, puras autonomias sem condicionamentos de fim ou de função, responsabilidades privadas num espaço autodeterminado. Liberdades individuais que, no entanto, não são caoticamente ou anarquicamente entendidas, pois actuam num contexto social e político organizado, onde procuram a segurança coletiva em contrapartida da qual aceitam (aceitaram) limitar-se.

A concepção liberal pressupõe o indivíduo como elemento de partida. Isso explica a relação contratual entre a sociedade e o Estado afirma Andrade.<sup>175</sup> Conforme o autor, assim como a economia era vista a partir de uma perspectiva microeconômica, a vida política era concebida a partir de uma visão micropolítica.<sup>176</sup> A separação entre o Estado e a sociedade, sob a influência do Estado Liberal traduzia-se, assim, na garantia da liberdade individual.

Nesse cenário, o ideário liberal Estatal, sobretudo no âmbito econômico, concebeu o direito de propriedade como absoluto, assegurando a plena realização da liberdade social dos indivíduos. Sob a influência do jusnaturalismo, o direito à propriedade foi concebido como um dos pilares do liberalismo, assim como a liberdade e a segurança. Assim, como afirma Andrade<sup>177</sup> a liberdade, a segurança e a propriedade constituía a essência do lema da construção liberal da sociedade política.

Enfim, é inconteste que o Estado Liberal trouxe, de início, alguns benefícios como o progresso econômico que contribuiu com o panorama industrial predominante da sociedade capitalista, assim como a valorização do indivíduo e a importância da liberdade humana necessária ao desenvolvimento do capitalismo. Nesse contexto, como afirma Dallari,<sup>178</sup> o Estado Liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe inegáveis benefícios ao indivíduo, como o progresso econômico acentuado que contribuiu para a revolução industrial, assim como houve a valorização do indivíduo. Mas, no entanto, o Estado Liberal diante da concepção individualista da liberdade, viu-se impedido de proteger os menos afortunados, gerando, assim, injustiça social.<sup>179</sup>

Como no Estado Liberal a segurança jurídica era considerada um dos valores máximos propugnado pela doutrina liberal por conta do valor da liberdade, o postulado de justiça social e econômica efetivamente ficaram sacrificados. A concepção individualista da liberdade impediu o

---

<sup>174</sup> ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>175</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>176</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>177</sup> *Idem*, p. 53.

<sup>178</sup> DALLARI, *Op. Cit.*, p. 280.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 280.

Estado de proteger os mais necessitados que, em consequência disso, produziu injustiça social. Sob o pretexto de valorização do indivíduo e da sua proteção, os interesses da coletividade foram deixados em segundo plano, pois os valores econômicos e o progresso industrial eram colocados acima do bem-estar da população, causando, dessa forma, desequilíbrios dos recursos naturais, gerando problemas ecológicos e socioambientais.

Assim, as críticas ao pensamento liberalista assentou-se, justamente, por priorizar somente o indivíduo acima de toda a coletividade, ou seja, o Estado Liberal fora totalmente descompromissado com o bem-estar social do seu cidadão. Aliás, a propriedade e o desenvolvimento econômico, colocados acima do bem-estar social e ambiental produziu consequências graves no seio da sociedade e do Estado. Na medida em que as relações de mercado avançavam na estrutura capitalista (propriedade individual, desenvolvimento), por conseguinte, os problemas socioambientais generalizam-se; a desigualdade social, efeitos econômicos, ecológicos e culturais aparecem marcados também pela desigualdade.

Nessa mesma linha, Derani<sup>180</sup> destaca que:

O domínio da energia da natureza alavancou a industrialização de três séculos, modificando radicalmente os milhares de anos de relação do homem com seu meio. O homem da sociedade industrial, submetendo as forças da natureza em toda sua potência a seu serviço, vive o drama de Prometeu. [...] Pelo direito ambiental e econômico são tratados os meios da atividade industrial – nesse caso, o domínio da natureza pelo homem – e a finalidade desta atividade – a produção de mercadorias.

Era a visão economicocentrista do meio ambiente reduzindo-o a valores de ordem econômica, equiparando-o a um bem para o proveito do homem. Não havia a preocupação com os impactos a ele causados. O paradigma construído na era industrial configurou demasiadas agressões sobre o meio ambiente e a sua integridade. Nesse sentido, Leite<sup>181</sup> ensina que, por conta da visão *economicocentrista* o bem ambiental foi reduzido a valores de ordem econômica, fazendo com que qualquer consideração ambiental tenha como “pano de fundo” o proveito econômico pelo ser humano. Nesse sentido, Teixeira<sup>182</sup> destaca que o uso da propriedade era realizado de forma irresponsável e abusiva pelo proprietário, desrespeitando a natureza. A concepção individualista da propriedade constituía-se em um forte obstáculo à proteção e à preservação do meio ambiente, pois, o que prevalecia era o interesse individual e o econômico.

---

<sup>180</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 183.

<sup>181</sup> LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 163.

<sup>182</sup> TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24.

A concepção individualista típica do Estado Liberal absenteísta, pautado no primado da liberdade sob o signo de *laissez faire, laissez passer*, e nos postulados da economia e do direito à propriedade, tornou-se um obstáculo à preservação ambiental e à qualidade de vida e bem-estar social. Nesse cenário, surgem várias críticas ao liberalismo econômico, no sentido de que o Estado não deveria apenas garantir os interesses individuais a qualquer custo em busca do desenvolvimento capitalista sem contemplar a liberdade e as condições mínimas de existência do ser humano.

Com o passar do tempo, o Estado passou a intervir na economia e conseqüentemente na sociedade de consumo com o intuito de consolidar não somente os direitos individuais (liberdades negativas), mas também garantir um mínimo de existência digna ao ser humano, por meio de instrumentos jurídicos e políticos destinados a atender a coletividade, ou seja, viu-se a necessidade de diminuir as desigualdades sociais e de garantir as condições mínimas de vida à população menos favorecida (liberdades positivas) com o conseqüente advento do Estado do bem-estar social.

### 2.3 ESTADO SOCIAL DE DIREITO: IGUALDADE SOCIAL, MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Liberdade, igualdade e fraternidade, esta última com a ideia de solidariedade continuam sendo os valores fundamentais em torno dos quais gravita o pensamento jusfilosófico contemporâneo.<sup>183</sup> Com efeito, a partir do fim do século XIX e início do século XX, constatou-se que os excessos do ideário liberal representavam o aumento das desigualdades sociais e o descontentamento da sociedade da época, especialmente entre os menos afortunados, ao lado da base proletária.

O homem idealizado pelo liberalismo – cuja única necessidade era a sua própria liberdade, suficiente para assegurar uma vida digna para si e para a sua família – não existia mais. A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de ser o único opressor. Com efeito, a lógica do mercado capitalista do ideário liberal era capaz de negar aos indivíduos bens absolutamente fundamentais, *e.g.*, educação, saúde, alimentação, informação etc., a despeito da liberdade garantida e do empenho destes em obtê-los. Sem essas condições materiais mínimas, (às quais se relacionam à proteção do mínimo

---

<sup>183</sup> BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as ideias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 293.



existencial)<sup>184</sup> os direitos individuais e políticos eram pouco mais que papel e tinta.<sup>185</sup> Segundo Marmelstein,<sup>186</sup> era uma liberdade de “faz de conta”, que beneficiava uma pequena parcela da população, em especial a elite. Ou seja, “a igualdade era meramente formal, da boca para fora, que não saía do papel, era mesmo que nada. Por isso, eles pretendiam e reivindicaram também um pouco mais de igualdade e inclusão social”.

É nesse contexto que entra em cena o Estado Social, ou como refere Marmelstein,<sup>187</sup> “que nasce o Estado do bem-estar social (*Welfare State*)”. Nesse cenário, surge um novo modelo político, no qual o Estado, sem se afastar dos alicerces básicos do capitalismo (economia de mercado, livre-iniciativa e proteção da propriedade privada), compromete-se a promover maior igualdade social e a garantir as condições básicas para uma vida digna, refere o autor.

O Estado Social tem por objetivo a igualdade social, ou seja, a realização da justiça social material aos menos favorecidos, através de um comportamento ativo por meio de prestações, como assistência à saúde, educação, trabalho – são os chamados direitos da segunda geração (ou dimensão), *os direitos econômicos, sociais e culturais*. Essa dimensão contrapõe-se ao modelo de igualdade jurídica formal da visão liberal, ou seja, da justiça formal, inerente à esfera de autonomia do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa. Tais direitos de segunda geração, surgem, assim, para suprir carências da coletividade, constituindo-se em prestações estatais, incluindo-se na categoria do *status positivus socialis*, como refere Torres,<sup>188</sup> não se confundindo com o *status positivus libertatis*, próprio do mínimo existencial, esclarece. No decorrer do trabalho será possível verificar a fundamentação da garantia constitucional e das posições doutrinárias acerca do mínimo existencial.

Observa Bonavides,<sup>189</sup> que esses direitos fundamentais, no que se distinguem dos chamados direitos de liberdade, ou seja, do ideário liberal “das liberdades abstratas” e igualdade meramente formal, “nasceram abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta em seu sentido material. O constitucionalista complementa que os direitos fundamentais sociais passaram por um

<sup>184</sup> O conceito de mínimo existencial é muito polêmico, suscitando algumas dificuldades quanto à determinação do seu conteúdo. Ele foi originariamente construído pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Social, com o intuito de afirmar e de se exigir em juízo alguns direitos sociais básicos (direitos a prestações), pressupostos do exercício da liberdade, no quadro da ordem constitucional germânica, que, com pouquíssimas exceções, não consagra direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa. ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 433 e ss. SARMENTO, Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social, *Op. Cit.*, p. 391.

<sup>185</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. *Op. Cit.*, p. 100-101.

<sup>186</sup> MARMELSTEIN, *Op. Cit.*, p. 43.

<sup>187</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>188</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.296.

<sup>189</sup> BONAVIDES, Curso de direito constitucional, *Op. Cit.*, p. 582-583.

ciclo de baixa normatividade ou eficácia duvidosa, haja vista o fato de que tais direitos, em virtude de sua própria natureza, exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por carência e limitação de meios e recursos. Nesse sentido, anteriormente os direitos de segunda geração tinham a sua aplicabilidade mediata, dependiam do legislador ordinário para garantir a sua proteção; eles eram remetidos à chamada esfera programática; atualmente, a sua aplicabilidade tornou-se imediata, tais como os direitos de liberdade da concepção liberal.<sup>190</sup>

Na lição de Sarlet,<sup>191</sup> “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. Esses direitos fundamentais (...) caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, (...) revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.<sup>192</sup> O autor, a fim de esclarecer os direitos de cunho prestacional, ou seja, no âmbito dos direitos de segunda dimensão, refere que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”:<sup>193</sup>

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão.

A estreita ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado social também merece destaque, segundo Sarlet. Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas (...) de que nem por isso o princípio fundamental do Estado Social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. Com base nessas ideias, Sarlet<sup>194</sup> explica que:

No âmbito de um Estado Social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.

<sup>190</sup> Idem, *ibidem*, p. 583.

<sup>191</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>192</sup> Idem, p. 57.

<sup>193</sup> Liberdade de sindicalização, do direito de greve, reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito de férias e repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, como exemplos mais representativos. SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>194</sup> Idem, p. 73-74.

A igualdade é o valor que encontra-se associado mais diretamente à noção de justiça. O liberalismo, historicamente, pautado no primado da liberdade formal, tendo como premissa a concepção individualista típica do Estado Liberal absenteísta, proclamou a igualdade como direito meramente formal, uma igualdade perante a lei, como natural do homem. Como já referido por Marmelstein, era uma igualdade meramente formal, da boca para fora.<sup>195</sup> Por isso, a sociedade, sobretudo os mais carentes, reivindicavam mais igualdade de chances e oportunidades de inclusão social e econômica.

Fensterseifer<sup>196</sup> destaca que no marco do Estado Social, sob a égide do princípio da igualdade, é importante chamar a atenção para a mudança do papel desempenhado pelo Estado, o qual passa de uma postura negativa ou abstencionista para uma postura positiva ou prestacional. O autor esclarece que os direitos de segunda dimensão, para serem efetivados devem, necessariamente, passar por uma postura ativa do Estado, ou seja, o Estado tem a função de implementar e promover as condições materiais necessárias ao desfrute de tais direitos.<sup>197</sup>

Dessa feita, os direitos de segunda dimensão ou geração adveio da necessidade de propiciar melhores condições de vida e bem-estar social aos cidadãos. Esses direitos são reconhecidos por outorgarem prestações positivas (*status positivus*) por parte do Estado, por exemplo, o direito a prestações sociais, como o direito à saúde, à educação, ao trabalho. De modo geral, o Estado Social reconheceu a necessidade de suprir as carências da sociedade. É nessa dimensão que surge a ideia de mínimo existencial que abrange, conforme Barcellos,<sup>198</sup> “um conjunto formado por uma seleção desses direitos, tendo em vista principalmente sua essencialidade, dentre outros critérios”.

São os direitos dos cidadãos às prestações necessárias à existência individual e de uma efetiva proteção de sua dignidade, tendo o Estado, portanto, a responsabilidade de garantir não apenas a “liberdade perante o Estado, mas também a liberdade por intermédio do Estado” como refere Sarlet.<sup>199</sup> Percebe-se, desde logo, a dimensão individual dos direitos sociais, “na medida em que todos os direitos sociais são, acima de tudo, direitos outorgados à pessoa individual, sendo assim – da mesma forma que os direitos de liberdade – direitos de titularidade individual, como explica Sarlet.<sup>200</sup> Não há como confundir os direitos sociais outorgados à pessoa individual com os

---

<sup>195</sup> MARMELSTEIN, *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>196</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 145-146.

<sup>197</sup> *Idem*, p. 146.

<sup>198</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 135.

<sup>199</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>200</sup> *Idem*, p. 202.

direitos clássicos de liberdade e igualdade, uma vez que aqueles decorrem da posição concreta na comunidade.<sup>201</sup>

Diante das considerações do autor, é possível visualizar a função negativa que os direitos sociais desempenham no âmbito individual. O indivíduo é concebido de acordo com a posição concreta na comunidade ao contrário dos direitos de liberdade e igualdade típicos do Estado Liberal. Assim, os direitos de segunda dimensão assumem uma posição muito além de cunho prestacional (positivo), implicam também direitos de defesa, situando-se, segundo Sarlet,<sup>202</sup> “no âmbito das assim denominadas liberdades sociais (direitos sociais negativos)”.

Insta salientar a importância das considerações realizadas por Sarlet para o desenvolvimento deste trabalho, uma vez que o autor esclarece, de forma excepcional, a função que os direitos fundamentais – no caso em tela – exercem na doutrina e jurisprudência brasileira.

Dando-se prosseguimento aos direitos de segunda geração, torna-se necessário esclarecer, segundo Sarlet,<sup>203</sup> que no âmbito dos direitos sociais convivem simultaneamente direitos de defesa (liberdade e igualdade) e direitos prestacionais, razão pela qual não seria adequado o termo “direitos sociais” servir de epígrafe ao grupo dos direitos a prestações; mas, por outro lado, o autor esclarece que deve-se levar em conta que várias normas definidoras de direitos fundamentais podem exercer simultaneamente duas ou mais funções, sendo inevitável alguma superposição. Isso, deve-se ao fato que a própria distinção entre as diversas funções dos direitos fundamentais nem sempre é clara e perfeitamente delimitada.

Não obstante se reconheça que a imprecisão conceitual da expressão *gerações de direitos fundamentais* pode facilmente induzir em erro, por levar a crer que os direitos fundamentais vão sofrendo uma sucessão no devir histórico, uma geração sendo substituída por outra, é necessário, nesse sentido, que se proceda a devida contextualização acerca da classificação dos direitos de segunda geração.<sup>204</sup>

Em verdade, conforme esclarece Schäfer,<sup>205</sup> o que se percebe é o acúmulo dos direitos. Os direitos de segunda geração, ao invés de substituírem, agregam-se aos direitos fundamentais de primeira geração, já existentes no texto constitucional, e assim sucessivamente, de modo que os direitos não se excluem, mas se complementam. Assim, a precisão conceitual no que se refere aos direitos do homem, é indeclinável. Dessa forma, esclarece o autor que é possível preservar os

---

<sup>201</sup> Idem, ibidem, p. 202.

<sup>202</sup> Idem, ibidem, p. 203.

<sup>203</sup> Idem, ibidem, p. 194.

<sup>204</sup> SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38-39.

<sup>205</sup> Idem, p. 39.

objetivos dessa classificação (dado histórico), com as diferentes dimensões. O autor afirma que: “as diversas gerações, em verdade, são diferentes dimensões de um mesmo fenômeno, cuja magnitude somente é perceptível em seu conjunto”.

A distinção entre as perspectivas normativas (defensiva e prestativa) têm sido utilizada pela doutrina para caracterizar diferentes dimensões, de acordo com o momento histórico no qual são reconhecidos os direitos fundamentais. A primeira geração dos direitos fundamentais (civis e políticos) estaria relacionada a uma perspectiva defensiva, ou seja, direitos fundamentais sob o marco do Estado Liberal, correspondendo a uma conduta negativa do Estado. A segunda geração dos direitos fundamentais (econômicos, sociais e culturais) estaria relacionada a uma perspectiva prestacional, ou seja, demandaria uma postura ativa ou positiva do Estado Social para a efetivação desses direitos.

Como explica Fensterseifer,<sup>206</sup> hoje, no entanto, não obstante a correção parcial de tais afirmações e o seu valor didático para o estudo e a compreensão dos direitos fundamentais, a abordagem é tomada de forma mais complexa. As perspectivas positivas e negativas encontram-se presentes, simultaneamente, em maior ou menor medida, em todas as dimensões de direitos fundamentais, e principalmente no caso dos direitos fundamentais de terceira dimensão.<sup>207</sup> Assim, a terceira geração dos direitos fundamentais (meio ambiente, desenvolvimento, paz) estaria relacionada a ambas perspectivas prestacional e defensiva, caracterizando-se assim, conforme Fensterseifer<sup>208</sup> “um conjunto complexo de posições jurídico-normativas para a tutela integral de tais direitos, o que se apresenta de forma bem peculiar no caso do direito fundamental ao ambiente”.

Sobre o tema, Pereira da Silva<sup>209</sup> destaca que:

Comum a todos os direitos fundamentais é a existência de uma vertente negativa, correspondente a uma esfera negativa, correspondente a uma esfera protegida de agressões estaduais (ou, por outras palavras, que se realiza através de “abstenções” de intervenção estadual susceptíveis de lesar tais direitos em termos constitucionalmente inadmissíveis), assim como de uma vertente positiva, que obriga à intervenção dos poderes públicos de modo a permitir a realização plena e efectiva dos direitos constitucionalmente garantidos. Daí que, perante direitos fundamentais de primeira, de segunda ou de terceira geração, a questão a colocar já não tem a ver com a respectiva natureza jurídica – já que, em todos os casos, se está perante realidades estruturalmente idênticas, que possuem as duas dimensões referidas – mas, quando muito, com o grau maior ou menor da respectiva dimensão positiva ou negativa – pois é facto que, em geral,

<sup>206</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 186-187.

<sup>207</sup> *Idem*, p. 187.

<sup>208</sup> *Idem*, p. 187.

<sup>209</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito*. Lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2003, p. 90. Acrescentou-se o nome “Pereira da Silva” considerando que esse autor é mais conhecido por esta designação e também para diferenciar de outros autores que tenham a mesma referência bibliográfica, no caso “Silva” como é o caso do constitucionalista José Afonso da Silva.

nos direitos da primeira geração, o peso relativo da dimensão negativa é maior do que o da sua dimensão positiva, enquanto que, nos direitos de segunda e da terceira geração, as coisas tendem a passar-se ao contrário.

Os direitos fundamentais podem ser classificados além do seu reconhecimento histórico. Nos últimos tempos, a doutrina constitucional vem reconhecendo o conteúdo preponderante dos direitos, como uma nova forma de classificação no ordenamento jurídico-constitucional. Nesse sentido, Schäfer<sup>210</sup> explica que em relação aos problemas teóricos apresentados pela concepção geracional, a moderna doutrina constitucional vem concebendo uma nova forma de classificação dos direitos fundamentais, “tendo por elemento essencial não mais o momento histórico, mas sim o conteúdo preponderante do direito considerado”.

A partir do momento em que se reconhece o núcleo essencial do direito fundamental, é possível ao Estado reconfigurar o processo de classificação, analisando as posições jurídicas fundamentais, portanto, as perspectivas das liberdades negativas e das liberdades positivas. Nessa medida, segundo Schäfer,<sup>211</sup> é importante que o reconhecimento do núcleo essencial dos direitos, por parte do Estado, se faça presente, pois é a partir dessa constatação que será possível uma classificação adequada dos direitos fundamentais e uma interligação entre o conteúdo do direito e a função do Estado diante de sua efetivação.

Com base em tudo o que foi exposto, num segundo momento deste trabalho, será realizada a devida contextualização da concepção dualista dos direitos fundamentais de Alexy (direitos de defesa e direitos prestacionais em sentido amplo) sob a perspectiva do direito fundamental ao meio ambiente.

O presente estudo tem por objetivo, a partir desse momento, traçar uma primeira reflexão acerca da garantia constitucional ao mínimo existencial social, compreendido, por sua vez, a partir de uma base reflexiva calcada na teoria dos direitos fundamentais. Embora não se pretenda desenvolver aqui, com a necessária profundidade que o tema exige, todos os aspectos que envolvem a construção e a fundamentação da garantia constitucional do mínimo existencial, é necessário uma abordagem inicial, antes de se enfrentar o tema do mínimo existencial ecológico ou socioambiental.

Como referido anteriormente,<sup>212</sup> o conceito de mínimo existencial é muito polêmico, suscitando algumas dificuldades quanto à determinação do seu conteúdo. Ele foi originariamente

---

<sup>210</sup> SCHÄFER, *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>211</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>212</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 433 e ss. SARMENTO, Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social, *Op. Cit.*, p. 391.

construído pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Social, com o intuito de afirmar e de se exigir em juízo alguns direitos sociais básicos (direitos a prestações), pressupostos do exercício da liberdade, no quadro da ordem constitucional germânica, que, com pouquíssimas exceções, não consagra direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa. Também, nesse mesmo sentido, Sarlet<sup>213</sup> refere que a construção do conceito de mínimo existencial é originária da práxis doutrinária e jurisprudencial alemã, que, com base numa construção hermenêutica, reconheceu um direito fundamental subjetivo não-escrito à garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma existência digna.

No âmbito doutrinário, o primeiro jurista a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.<sup>214</sup> Por essa razão, o direito à vida e a integridade corporal (art. 2º, inciso II, da Lei Fundamental) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir e promover a vida, ainda mais quando, para além da mera sobrevivência, objetiva-se uma vida digna e saudável.<sup>215</sup>

Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente de auxílio material em face do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. Poucos anos depois, o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 327.

<sup>214</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html) Acesso em: 03 set. 2013.

<sup>215</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 266.

<sup>216</sup> SARLET; FIGUEIREDO, *Op. Cit.*

Mais tarde, transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, o Tribunal Constitucional Federal também consagrou o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna.<sup>217</sup> Para além do fundamento mais importante que integra o conceito de mínimo existencial que reside, sem sombra de dúvida, no princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações. Nesse horizonte, extrai-se o seguinte trecho:<sup>218</sup>

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais. Em que pesem algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã, resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial. Além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.

Não obstante a garantia efetiva de uma existência digna recair com maior intensidade sobre as normas que regulam os direitos sociais de natureza prestacional, é possível, desde logo, aferir um núcleo mínimo de direitos de liberdade que devem agregar-se ao seu conteúdo, sem os quais a tutela da dignidade humana restaria comprometida. Nesse sentido, Fensterseifer<sup>219</sup> complementa, afirmando que o direito à vida e mesmo a integridade física, por exemplo, como clássico direito de liberdade, a partir de uma leitura constitucional contemporânea pode tomar uma feição tanto liberal e defensiva (no sentido de não-violação do direito) como também social e prestacional (no sentido de afastar qualquer violação que incida sobre o direito à vida, o que também ocorre na falta de acesso a um mínimo de direitos sociais básicos, como é o caso especialmente do direito à saúde).

Nessa esteira, importante a lição de Sarlet<sup>220</sup> acerca da noção do mínimo existencial. Conforme o autor, o mínimo existencial compreende muito mais daquilo que abrange o conjunto

<sup>217</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>218</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>219</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 265.

<sup>220</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 97-98.



de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos, revelando que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial (embora não necessariamente em todos os casos e da mesma forma) quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, abrangendo bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.

Nesse horizonte, Canotilho<sup>221</sup> reforça o entendimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, afirmando que o Estado (executivo, legislativo e judiciário) está vinculado a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efetivo esse direito, e, no caso de só existir um meio de dar efetividade prática, devem escolher precisamente esse meio.

O direito de toda pessoa à segurança básica e a um mínimo existencial deve ser garantido, isto é, as necessidades mais básicas e urgentes devem ser satisfeitas, com vistas a proteger a integridade física em todas as suas dimensões e oferecer a todos a medida de assistência social, que elas necessitam em situações de emergência para evitar o prejuízo, que as impede de estar em condições de realizar, em medida suficiente, todas as funções e capacidades reconhecidas em geral como valiosas, as quais são essenciais para a vida de cada um para que, em grande parte, possa participar como igual entre os iguais na sociedade e viver a própria vida de maneira autodeterminada.<sup>222</sup>

A ideia segundo a qual toda pessoa deve ter suas necessidades básicas satisfeitas que corresponda às exigências de uma vida digna, inerente à condição humana vem sendo profundamente difundida na doutrina jurídica constitucional neste novo século. Barcellos,<sup>223</sup> em estudo específico sobre o tema, observa que o atendimento dessas necessidades em *direitos*, introduzindo-os em cartas constitucionais com o objetivo de tentar afirmar que esses bens constituem-se em imperativos de dignidade da pessoa humana e que não podem depender da provisão do mercado, não foi suficiente para garantir a sua exigibilidade, uma solução real e final ao problema.

---

<sup>221</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 2008, p. 58-59.

<sup>222</sup> GOSEPATH, Stefan. Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental. Tradução de Cláudia Toledo e Bráulio Borges Barreiros. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 79-80.

<sup>223</sup> BARCELLOS, O mínimo existencial e algumas fundamentações, *Op. Cit.*, p. 101.

De fato, a mera positivação desses direitos básicos, como foi demonstrado, não garantem as prestações existenciais mínimas para garantir a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais sociais decorrem exatamente do atendimento das necessidades humanas, correspondendo aos imperativos da dignidade, e que não deveriam depender da provisão do mercado. Como esclarece Olsen,<sup>224</sup> ainda existe certa dificuldade ou resistência pela doutrina de se exigir diretamente em juízo a realização do objeto constitucionalmente previsto nestas normas jusfundamentais seja em virtude de seu caráter aberto, carente de concretização, seja em virtude da concepção de que particularmente estes direitos dependeriam de provisão econômica, e, portanto, não poderiam ser realizados sem a necessária intermediação do legislador, democraticamente eleito.

A verdade, entretanto, como pontua Barcellos,<sup>225</sup> é a dificuldade de se impor a observância da justiciabilidade<sup>226</sup> dos direitos sociais, tanto de ordem teórica como de natureza técnico-jurídica. A noção do mínimo existencial surge exatamente como uma tentativa de apresentar soluções para tais questões, esclarece a autora. Entretanto, antes de se analisar a dificuldade diante da exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais, e de que forma o mínimo existencial pode servir de parâmetro, mister que se esclareça a sua fundamentação perante a doutrina que identifica duas correntes do designado mínimo existencial.

Assim, parte da doutrina, especialmente a alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna fundamenta-se na própria garantia da dignidade da pessoa humana e no dever de sua concretização, integrando o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito. Por outro lado, especialmente na doutrina anglo-saxão, a fundamentação do mínimo existencial alcança o cunho liberal, como garantia da própria liberdade.<sup>227</sup> Nesse sentido, como exemplo da corrente doutrinária brasileira que adere a fundamentação eminentemente liberal, encontra-se Torres,<sup>228</sup> aproximando-se do tema a partir das teorizações em Rawls e Alexy. Como esclarece o autor, tal garantia constitucional protege as condições iniciais da liberdade (efetiva ou real, em contraste com a formal), uma vez que sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da

---

<sup>224</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. (2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 311.

<sup>225</sup> BARCELLOS, O mínimo existencial e algumas fundamentações, *Op. Cit.*, p. 101.

<sup>226</sup> Utiliza-se a expressão no sentido formulado por Sérgio Sêrvulo da Cunha na obra *Dicionário compacto do direito*. CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. *Dicionário compacto do direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 160.

<sup>227</sup> SARLET; FIGUEIREDO, *Op. Cit.*, FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 267.

<sup>228</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 04-05.

liberdade, fundamentando, portanto, o mínimo existencial como condição para o exercício da liberdade e do princípio da autonomia.<sup>229</sup>

Observa Alexy<sup>230</sup> que um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial. Dentro do modelo teórico-analítico de Alexy,<sup>231</sup> o mínimo existencial é concebido como uma regra, oriunda da ponderação entre princípios. Por um lado, encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material; Por outro, os princípios da separação dos poderes, competência do legislador democraticamente legitimado, como também os direitos fundamentais de terceiros. Assim, nas lições de Alexy o princípio da liberdade fática entra no jogo da ponderação com os princípios elencados acima, inclusive no aspecto orçamentário. Vale observar a explicação de Alexy:<sup>232</sup>

La cuestión acerca de qué son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios. Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos.

Tomando em conta a contextualização de Alexy, poder-se-ia afirmar que o mínimo existencial, como exposto, é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas indispensáveis ao bem-estar do homem à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Alexy<sup>233</sup> chama a atenção para a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. É a relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios que irá determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, ou seja, o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, afirma o autor. Nesse contexto, Sarlet<sup>234</sup>

<sup>229</sup> Idem ibidem, p. 05-07.

<sup>230</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 217, jul./set. 1999, p. 61; ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>231</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 494.

<sup>232</sup> Idem, p. 494.

<sup>233</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>234</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 101.

sustenta de modo enfático que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Na lição de Torres,<sup>235</sup> portanto, a proteção do mínimo existencial se fundamenta no princípio da dignidade humana e como direito às condições da liberdade, exhibe o *status positivus libertatis*.

Torres,<sup>236</sup> com base especialmente na proposta formulada originariamente na teoria de Jellinek,<sup>237</sup> esclarece que existe uma distinção entre a noção de *status positivus libertatis*, com o *status positivus socialis*. O primeiro é próprio do mínimo existencial, não tendo dicção constitucional própria. Deve-se procurar o mínimo existencial na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem. O *status positivus libertatis* gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão. O *status positivus socialis*, ao contrário, constitui-se pelas prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social, sendo de suma importância para o aperfeiçoamento do Estado Social de Direito, que ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a “reserva do possível” ou na conformidade da autorização orçamentária.

No outro pólo teórico, Canotilho<sup>238</sup> propõe, em substituição ao modelo liberal do mínimo existencial, uma fundamentação a partir do princípio do Estado Social, ou melhor, uma reinvenção do Estado Social e do princípio da dignidade humana. Assim, a partir das considerações de Canotilho, far-se-á uma breve contextualização sobre a sua preocupação em delinear os novos contornos do Estado Social e os desafios metódicos e metodológicos à sustentabilidade do Estado Social.

---

<sup>235</sup> TORRES, A cidadania multidimensional na era dos direitos, *Op. Cit.*, p. 268. vide também TORRES, A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, *Op. Cit.*, p. 05.

<sup>236</sup> Idem, p. 266-297.

<sup>237</sup> A proposta de classificação dos direitos fundamentais, igualmente inspirada na teoria de Jellinek e que, além do grupo representado pelos direitos de defesa (*status negativus e status libertatis*), seria formada pelo grupo dos direitos de participação ou quota-parte em sentido amplo. Estes, por sua vez, abrangeriam os direitos do *status civitatis* (formados especialmente pelos direitos políticos), bem como os direitos a prestações em sentido amplo (direitos do *status positivus*), igualmente divididos em dois grupos distintos, quais sejam, o dos direitos do *status positivus libertatis*, integrado pelos direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento, e dos direitos do *status positivus socialis*, representado pelos direitos a prestações materiais (fáticas) sociais. SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 217.

<sup>238</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito Constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

Canotilho<sup>239</sup> observa que, embora tenha sido reconhecido que o Estado, os poderes públicos e o legislador estão vinculados a proteger e a garantir prestações existenciais, a doutrina e a jurisprudência abraçaram uma posição cada vez mais conservadora. Inicialmente, as prestações existenciais partem do mínimo para uma existência minimamente condigna; em segundo lugar, são consideradas mais como dimensões de direitos, liberdades e garantias (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito ou princípio da dignidade da pessoa humana) do que como elementos constitutivos de direitos sociais; e, em terceiro lugar, a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em deveres objetivos *prima facie* do Estado, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados diretamente da Constituição.

Segundo o autor, fazendo referência à retórica argumentativa do Tribunal Constitucional Português, no caso referente ao rendimento social de inserção, enfatiza que a jurisprudência reconduz o direito ao rendimento social à ideia de “conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna” e acaba por colocar entre parênteses os próprios direitos econômicos, sociais e culturais. Essa metódica jurisprudencial tende a transformar-se em uma metodologia funcional de obtenção de vencimento decisório.<sup>240</sup>

Canotilho<sup>241</sup> ressalta que para tentar solucionar a problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais, inicialmente é importante voltar ao tema que ele intitula de “metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’”. A perspectiva, segundo o autor, dirigia-se no sentido de salvar a dimensão normativa da socialidade mediante dois esquemas: em primeiro lugar, procurar novas vias para a “des-introversão” da socialidade estatal. Conforme explica Canotilho, é uma técnica constituinte conhecida em Portugal que orienta-se no sentido de articular direitos sociais com políticas de direitos sociais; em segundo lugar, distinguir entre direitos constitucionais sociais e políticas públicas de realização de direitos sociais. Assim, a linha ideológica, segundo Canotilho, é a de caráter dirigente da Constituição social, não significando otimização direta e *já* dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização destes direitos. Graduabilidade não significa reversibilidade social.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> Idem, p. 12.

<sup>240</sup> Idem, p. 12.

<sup>241</sup> Idem, p. 12. Conforme a explicação de Canotilho, *fuzzy* significa em inglês “coisas vagas”, “indistintas”, “indeterminadas”. Em toda a sua radicalidade, a censura de “fuzzismo”, lançada aos juristas, significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais. Mas se, no que respeita ao indeterminismo *fuzzy*, os juristas acompanham o discurso crítico sobre as ciências sociais, importa reconhecer que, mesmo nos estritos parâmetros jurídico-dogmáticos, os direitos sociais aparecem envolvidos em quadros pictóricos onde o recorte jurídico cede o lugar a nebulosas normativas. É aqui que surge o ‘camaleão normativo’. CANOTILHO, Estudos sobre direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 99-100.

<sup>242</sup> CANOTILHO, O direito Constitucional como ciência de direcção, *Op. Cit.*, p. 12-13. A graduabilidade está associada à “ditadura dos cofres vazios”, entendendo-se que ela significa a realização dos direitos sociais em

No entanto, Canotilho<sup>243</sup> pontua que o problema desta posição é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada “crise do Estado Social” e pelo triunfo esmagador do globalismo neoliberal, estando em causa não somente a “graduabilidade”, mas também a reversibilidade das posições sociais.

Com efeito, o Estado Social, ou melhor, o “modelo Social” ganhou substância na Europa Ocidental. Ergueu os direitos sociais a dimensão estruturante da juridicidade e da democracia. Por um lado, passadas que foram as disputas sobre a incompatibilidade entre Estado de Direito e Estado Social ou, se preferirmos entre o princípio da juridicidade e o princípio da socialidade, ganhou relativa estabilidade a compreensão constitucional do Estado com Estado de Direito Social. Por outro lado, o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais passaram a dimensão estruturante do próprio princípio democrático. A ideia de liberdade igual estrutura o princípio democrático, dado que inicialmente arranca do postulado inquestionável de que os homens nascem livres e iguais em direitos; a liberdade e a igualdade começam pela garantia dos direitos de liberdade, e, dentre estes, dos direitos fundamentais da pessoa humana (direitos à vida, à integridade física e pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à família); e, por último, a liberdade igual passa pela progressiva radicação de uma igualdade real ou substancial entre as pessoas.<sup>244</sup>

Essa articulação entre sociedade e “democraticidade”<sup>245</sup> torna-se clara quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo justo na medida em que possibilita a participação política e uma justiça distributiva no plano dos bens sociais.<sup>246</sup> Assim, de efeito, Canotilho chama a atenção para a necessidade de articulação entre os princípios da juridicidade, da sociabilidade e da democracia como pressupostos que compõem a base jusfundamental que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais.<sup>247</sup>

Algumas prestações básicas indispensáveis à efetivação desses direitos devem ser asseguradas pelos poderes públicos de forma gratuita. Destaca Canotilho que o Estado Social só pode desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade se forem verificadas quatro

---

conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro do Estado. Também, a questão do princípio da “não reversibilidade” ou, em formulação marcadamente ideológica, o “princípio da proibição da evolução reacionária”, pressupunha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória, unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. CANOTILHO, Estudos sobre direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 109-110.

<sup>243</sup> CANOTILHO, O direito Constitucional como ciência de direção, *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>244</sup> Idem, p. 19.

<sup>245</sup> Expressão formulada pelo autor português Canotilho. Idem, ibidem, p. 19.

<sup>246</sup> Idem, ibidem, p. 19.

<sup>247</sup> Idem, ibidem, p. 19.

condições: a primeira, refere-se a provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos (...); a segunda, refere-se à estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) (...); a terceira, trata-se do orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controle do *déficit* das despesas públicas e a evitar que um *déficit* elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda e, por último, a taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3% pelo menos ao ano).<sup>248</sup>

Nesse sentido, segundo Barcellos,<sup>249</sup> a primeira dificuldade de juridicidade reside na ordem teórica. Como explica, os pensadores políticos têm se debruçado de forma particular sobre as razões pelas quais a sociedade tem o dever de prover essas condições básicas para todo o homem, qual fundamento desse dever e sua extensão, especialmente após a derrocada das experiências socialistas e diante da crise, em toda parte, dos estados-providência.

A verificação de todas as condições enumeradas coloca o Estado Social em reais dificuldades. Em primeiro lugar, mesmo nos países ricos ela pode ser posta em causa por vários motivos, desde o crescimento incontrolável das despesas com alguns serviços, como o de saúde, por exemplo. É por isso que desde os anos 1970 se insiste na crise fiscal do Estado e a partir da década de 90 do século passado o discurso que vem tomando forma é o da sustentabilidade do modelo social. Diante de todos esses problemas, as críticas ao Estado Social e às constituições programático-sociais inserem-se neste contexto, no sentido de reorganizar e reorientar as políticas das finanças e despesas públicas, sobretudo a despesa social.<sup>250</sup>

Além dos problemas dos custos envolvidos na realização dos direitos sociais, merece destaque a imprecisão dos próprios enunciados desses direitos, refere Barcellos. Conforme esclarece, a formulação de tais direitos tem sido uma dificuldade para os juristas. A maior dificuldade reside quando os direitos sociais nascem sob a forma de princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana ou da valorização do trabalho. Isso porque tais normas não expressam de forma clara e precisa o efeito que pretendem produzir ou as condutas que se pode exigir de seu destinatário.<sup>251</sup> De fato, pontua Barroso,<sup>252</sup> a dificuldade está em identificar com precisão o dever de exigir da outra parte da relação jurídica, determinado comportamento que possa criar o direito subjetivo. Conforme esclarece, a primeira dificuldade tem caráter ideológico. Tais direitos cristalizavam as diretrizes do liberalismo, que se impuseram sobre as forças da

---

<sup>248</sup> Idem, *ibidem*, p. 20.

<sup>249</sup> BARCELLOS, O mínimo existencial e algumas fundamentações, *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>250</sup> CANOTILHO, O direito Constitucional como ciência de direcção, *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>251</sup> BARCELLOS, O mínimo existencial e algumas fundamentações, *Op. Cit.*, p. 102-105.

<sup>252</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 99.

aristocracia e da realeza, derrotadas no curso das revoluções burguesas. A burguesia não enfrentou obstáculos na concretização de direitos de natureza política. Outra razão que se enfrenta para a concretização dos direitos sociais diz respeito normalmente a uma abstenção, um não-fazer dos outros indivíduos e principalmente do Estado; ou seja, a realização depende de o Estado abster-se de impedir seu exercício, ou ao contrário, o dever jurídico consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse.<sup>253</sup>

Em consequência disso, nos deparamos com a crise do Estado Social, tornando-se, para muitos, um problema do ocaso da socialidade, como refere Canotilho.<sup>254</sup> O autor esclarece que nas sociedades funcionalmente diferenciadas não há lugar para políticas de inclusão. A chamada individualização da sociedade significa precisamente o indeclinável direito e o dever de cada indivíduo colocar no seu plano de vida e condução da existência as responsabilidades, sobretudo no que se refere à sua sobrevivência. O indivíduo deve assumir a responsabilidade da vida, e sobretudo, um risco individual. Cada um assume um papel ativo para assegurar a sua inclusão nos novos sistemas diferenciados da sociedade.<sup>255</sup>

Nesse contexto, segundo Canotilho,<sup>256</sup> o problema é o de que a diferenciação funcional individualizadora conduz a uma dependência organizativa, ou seja, corre-se o risco do indivíduo não ter a possibilidade de inclusão nos esquemas prestacionais dos vários sistemas. Por exemplo: o direito de nascer não se exerce em casa, mas na maternidade “incluída” no sistema de saúde; o conhecimento e a informação começam na escola e isto é parte integrante do sistema de ensino. Conforme esclarece o autor, a liberdade igual, nesse contexto, é interpretada como igual possibilidade de inclusão em um sistema social diferenciado. É nesse sentido que reside o cerne do problema: promover igualdade de inclusão pressupõe *justiça* quanto às possibilidades iguais de acesso. Como garantir esta justiça? A resposta, segundo Canotilho e a reinvenção do Estado Social. Assim, o constitucionalista português explica:<sup>257</sup>

Os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no actual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a *inclusão* do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados. Mesmo

<sup>253</sup> Idem, p. 103-104.

<sup>254</sup> CANOTILHO, O direito Constitucional como ciência de direcção, *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>255</sup> Idem, p. 20. Beck, na sua conhecida obra sobre a sociedade de risco, aborda a concepção da chamada individualização da sociedade diferenciada sob a perspectiva de riscos, inseguranças sociais, especialmente evidente após a Segunda Guerra com a consumação do Estado de Bem-Estar Social, visualizando-se um *impulso social individualizatório* com um alcance e uma dinâmica desconhecidos até então. Quer dizer, as pessoas foram remetidas a si mesmas e ao seu próprio destino individual no mercado de trabalho, com todos os seus riscos, oportunidades e contradições. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 108.

<sup>256</sup> CANOTILHO, O direito Constitucional como ciência de direcção, *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>257</sup> Idem, *ibidem*, p. 21.



que este Estado Social não seja mais, hoje, do que um simples “pendant” funcional de relações subjectivas interpessoais, ele continua a ter a indeclinável tarefa da *inclusão* social politicamente ponderada.

Nesse diapasão, como bem expressa Canotilho, é imprescindível a “reinvenção do Estado Social”. Ao Estado Social incumbe desempenhar a função de inclusão social como tarefa indeclinável politicamente ponderada. Indaga-se de que forma o Estado Social poderá continuar a desempenhar essa função de inclusão em um contexto global de progressiva carência de meios financeiros. Como alicerçar as expectativas da sua realização?<sup>258</sup>

A realidade é que muitas das críticas mais persistentes dirigidas contra o Estado Social e a constituição dos direitos sociais reconduzem-se justamente nesta ideia. Eles alicerçam expectativas normativas que não mais estão em condições de garantir, como explica Canotilho.<sup>259</sup> Hoje, é facilmente ilustrado por meio de três tópicos. O primeiro, refere-se ao mercado global e a concorrência. O Estado atrai empresas privadas e assume com estas estratégias mediante a criação de infraestruturas, benefícios fiscais e legislação laboral. A desoneração desses serviços não é repassada para a efetivação de direitos sociais, ao contrário, as políticas públicas optam por encaminhar os dinheiros públicos para grandes investimentos, como aeroportos, vias férreas, autoestradas. Assiste-se à substituição de serviços públicos por empresas de interesse econômico, muitas delas privatizadas.<sup>260</sup> O segundo tópico refere-se à redução das despesas públicas. Segundo Canotilho, “a redução das despesas públicas obriga a cortes orçamentais e ao drástico emagrecimento do aparelho organizativo do Estado”. Alguns sustentam termos puramente ideológicos, combatem o Estado, empurrando-o para um Estado mínimo; outros salientam a lógica econômica do mercado, onde o *déficit* orçamental indispensável à criação de um clima atrativo para investimentos não é compatível com uma administração pública herdada do “Estado máximo”.<sup>261</sup> O último tópico refere-se ao comércio eletrônico e as transações telemáticas. Conforme pontua Canotilho, o incremento do comércio eletrônico e das transações telemáticas permite uma fuga fiscal, ou seja, a uma evasão fiscal, fraudes e lavagem de dinheiro. O Estado Social vê-se impotente diante dessas atividades ilícitas, e por conseguinte, assiste-se um processo permanente de retrocesso.<sup>262</sup>

Diante da crise do Estado Social – “uma crise de observância e execução” como esclarece Bonavides, em virtude dos direitos de segunda geração não conterem para a sua concretização

---

<sup>258</sup> Idem, *ibidem*, p. 21.

<sup>259</sup> Idem, *ibidem*, p. 21.

<sup>260</sup> Idem, *ibidem*, p. 21.

<sup>261</sup> CANOTILHO, Estudos sobre direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 256.

<sup>262</sup> Idem, p. 256.

garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade,<sup>263</sup> novos desafios metódicos e metodológicos têm sido incorporados na dogmática jurídico-constitucional do último meio século. Como já tratado anteriormente, o recorte de um “núcleo essencial” de direitos, liberdades e garantias desempenha um papel relevante na garantia dos direitos como aponta Canotilho. Mas, conforme o autor, não é só isso. Hoje, parece reconhecer-se que a determinação da essência de um direito não se constitui em tarefa fácil, sobretudo quando eles se colocam perante os juízos de balanceamento de bens e direitos em caso de conflito.<sup>264</sup>

Canotilho ressalta a importância do direito constitucional como ciência de direção e, ao mesmo tempo, indeclinável à função de ordenação material, não podendo ficar alheio a esquemas novos de concretização dos direitos, garantias e liberdades. Assim, esclarece o doutrinador português que:<sup>265</sup>

Se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de direção e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e de direção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação). (...) A metódica de concretização por meio de instrumentos normativos e de instrumentos reguladores de boas práticas não significa que ponhamos de lado a metódica de concretização judicial. (...) O direito constitucional como ciência de direção não pode ficar alheio a esquemas novos de concretização.

Diante da dificuldade do Estado Social garantir a efetiva realização de direitos, especialmente o discurso sobre o mínimo existencial e a justiça social, também não foi capaz de garantir a participação democrática no plano político. O Estado Social, devido à sua natureza, é um Estado intervencionista e formalista. Não foi capaz de prover certas necessidades existenciais mínimas do indivíduo. Assim, de um lado, tem-se uma sociedade carente de concretização efetiva de direitos e, de outro, um Estado que deveria garantir a realização de um bem-estar social, mas viu-se impossibilitado para atender às novas exigências e demandas sociais. Este é o contraponto, segundo Streck. Conforme o autor há a necessidade da seguinte indagação: “qual é o papel do Direito e da dogmática jurídica neste contexto”.<sup>266</sup> Desafios metódicos e metodológicos à ordem jurídica e à atividade estatal contribuem para abrir novos caminhos e práticas jurídico-constitucionais, especialmente para proteger e efetivar os direitos fundamentais da forma mais

<sup>263</sup> BONAVIDES, Curso de direito constitucional, *Op. Cit.*, p. 583.

<sup>264</sup> CANOTILHO, O direito Constitucional como ciência de direção, *Op. Cit.*, p. 26-27.

<sup>265</sup> Idem, *ibidem*, p. 29.

<sup>266</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

ampla e possível. O Direito, conforme esclarece Streck,<sup>267</sup> não há dúvida que deve ser visto como um instrumento de transformação social.

#### 2.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SOLIDARIEDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO

Dando prosseguimento à evolução do Estado, percebe-se que o Estado Democrático de Direito foi inaugurado em muitos países, como no Brasil. Explica Silva<sup>268</sup> que o componente “democrático” não significa apenas uni-lo formalmente ao termo Estado de Direito. Significa, na verdade, a criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. A essa noção de Estado, segundo Streck,<sup>269</sup> acopla-se o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do *status quo* da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico.

Segundo Morais,<sup>270</sup> o Estado Democrático de Direito teria – tem – a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade.

O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.<sup>271</sup> Isso significa que, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser um instrumento de transformação da realidade, por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Nesse ínterim, vincula-se ao cidadão e à comunidade

---

<sup>267</sup> Idem, p. 43.

<sup>268</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>269</sup> STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.171.

<sup>270</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 76.

<sup>271</sup> Idem, p. 80.

um projeto solidário – a solidariedade, compondo um caráter comunitário. Aqui estão inclusos problemas relativos à qualidade de vida individual e coletiva dos homens.<sup>272</sup>

Assim, como explica Morais,<sup>273</sup> no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Acerca do novo caráter do Estado, o autor afirma que:<sup>274</sup>

*O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.*

Nesse sentido é o que alguns autores como Morais e Streck denominam de *plus* normativo em relação às formulações anteriores. O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social; impõe um caráter reestruturador à sociedade, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia do futuro, e não para a conservação do passado. “É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito”, explica Streck.<sup>275</sup> Com efeito, busca-se, assim, garantir concretamente os direitos e interesses dos indivíduos, especialmente os direitos coletivos e transindividuais, uma vez que, o Estado Social de Direito não foi capaz de assegurar a justiça social nem a participação do povo no processo e na formação política do Estado, como já anteriormente destacado.

Desse modo, observa-se a extrema importância do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, destinando-se a assegurar os direitos à soberania, à cidadania, à dignidade da pessoa

---

<sup>272</sup> Idem, p. 80.

<sup>273</sup> Idem, p. 83

<sup>274</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55-56. Ver também: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 93.

<sup>275</sup> Idem, Ibidem, p. 56-57. Ver também: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *Op. Cit.*, p. 47; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 85.

humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A Constituição Federal de 1988, ao empregar o termo “democrático” no seu preâmbulo está qualificando o Estado, o que irradia os valores da democracia, refletindo sobre todos os elementos constitutivos do próprio Estado e também na ordem jurídica. Assim, nessa direção, esclarece Reale:<sup>276</sup>

O adjetivo “Democrático” pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. “Estado Democrático de Direito”, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a “Estado de Direito e de Justiça Social”.

A noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, exigindo, fundamentalmente, a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário e à justiça constitucional, uma vez que, mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.<sup>277</sup>

Desse modo, é um tipo de Estado que busca realizar todos esses direitos e garantias fundamentais para a sociedade, configurando-se num Estado promotor de justiça social e, inspirado, especialmente, pelos valores da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Contudo, é importante consignar, conforme esclarece Silva,<sup>278</sup> que a Constituição Federal de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

De fato, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito é um Estado que abre as perspectivas de realização social, o que vale dizer, fazer valer a vontade da Constituição. É um Estado de abertura constitucional a ser amplamente justo e solidário, assentado no princípio da dignidade do ser humano, tendo-o como eixo das relações sociais. Nesse sentido, trata-se, pois, de um constitucionalismo que se abre para as transformações das comunidades humanas, mais voltado para a busca de igualdade e justiça social, do que para o Estado. Significa dizer que é

<sup>276</sup> REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 02.

<sup>277</sup> STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais, *Op. Cit.*, p. 170-171.

<sup>278</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, *Op. Cit.*, p. 122.

precisamente no princípio da legalidade que o Estado Democrático de Direito encontra-se em condições de assegurar os valores basilares da comunidade política, conferindo-lhe máxima eficácia. A partir dessa análise, arremata Silva:<sup>279</sup>

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantido a sobrevivência de valores socialmente aceitos.

Como se vê, é de suma importância que o Estado Democrático de Direito confira à comunidade brasileira às condições de realização dos direitos fundamentais, não apenas os sociais, próprios de um Estado socialista, mas também, como se pode observar, o Estado Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional, estando, pois, invariavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Como já esclarecido por Silva, a lei constitui um importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, não devendo ficar adstrita numa esfera puramente normativa.

Para tanto, é importante frisar que, além do princípio da legalidade constituir-se em um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é importante que o mesmo vincule-se ao princípio da *legitimidade*, isto é, tendo como objetivo os valores basilares do Estado Democrático, tais como, a busca por uma sociedade mais livre, justa, e solidária. É nesse sentido que a Constituição exercerá a função transformadora da sociedade. Como explica Bonavides,<sup>280</sup> é importante que se reconheça na legitimidade o seu conteúdo variável, pois, enquanto crença ou valor fundamental de sustentação do poder com base no consenso dos governados é conceito histórico, aberto, de conteúdo variável, dotado sempre de crucial atualização. Assim, conforme esclarece o constitucionalista, a legitimidade ocupa sempre o primeiro lugar do debate, isto é, ela configura-se nas hipóteses de crise do Estado (revolução, golpe de Estado, reformas e contra-reformas e também onde a instabilidade dos poderes, dos interesses e das situações reflete na

---

<sup>279</sup> Idem, p. 123-124.

<sup>280</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33-34.

esfera política um estado de conflito que revolve as instituições e as estruturas de Estado). Acerca do papel do princípio da legitimidade, esclarece o autor:<sup>281</sup>

A legitimidade configura, pois, essas hipóteses de crise, anormalidade e ruptura; é fórmula revisora das bases sobre as quais se assenta o poder; é também o ponto central de todas essas controvérsias; o lugar da teoria para onde convergem e se encontram o jurista, o filósofo, o sociólogo, o cientista político, o historiador – enfim, a balança de todos os valores ou o cálculo de produção do consenso na Sociedade dilacerada de antagonismos e convulsões.

Com a mudança de paradigma, o Estado de Direito, portanto, deixou de ser meramente formal e individualista para se transformar em um Estado material de Direito, fundado nos valores da justiça, da liberdade e da igualdade dos indivíduos. Conforme as lições Böckenförde,<sup>282</sup> sobre as diversas formas em que se interpreta o seu conteúdo, a concepção de Estado de Direito, segundo o autor, caracteriza-se em geral por um certo desconforto frente ao fenômeno do domínio político. De acordo com o seu próprio significado fundamental, e sempre que não o deforme ideologicamente ou o instrumentalize, o Estado de Direito busca sempre limitar e restringir o poder e o domínio do Estado em favor da liberdade do indivíduo e realizar o direito material. (tradução nossa). Sob tal perspectiva, o Estado Democrático de Direito deve organizar-se politicamente no sentido de conferir o máximo de eficácia aos direitos fundamentais individuais e coletivos e, assim, em relação à ordem social e à proteção do meio ambiente que aparece como um marco ou valor essencial que permeia a ordem constitucional.

É por essas razões que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*.<sup>283</sup>

A ideia de uma democratização social, fruto das políticas de *Welfare State*, fez emergir, especialmente a partir do segundo pós-guerra com a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários, uma tensão na relação entre o direito e a política. Com a positivação dos direitos fundamentais e sociais à luz das Constituições provocou um redimensionamento nas relações entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política. Desse modo, na medida em que a Constituição assume um caráter cimeiro,

<sup>281</sup> Idem, p. 34.

<sup>282</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000, p. 44.

<sup>283</sup> STRECK; MORAIS, Ciência Política e Teoria do Estado, *Op. Cit.*, p. 92.

representada pelo advento do Estado Democrático de Direito, inexoravelmente, estaremos em face da seguinte pergunta: qual é a relação entre o direito e a política indaga Streck.<sup>284</sup>

O modelo de um Estado Democrático de Direito traz à pauta o debate acerca dos dois eixos analíticos que cercam a estrutura constitucional contemporânea e a jurisdição constitucional a partir da visão procedimentalista e substancialista. É a partir dessas duas visões que hoje há controvérsias sobre a interpretação das disposições constitucionais. A grande diferença de cada um destes aportes, conforme explica Streck,<sup>285</sup> está no tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que guarnecem direitos fundamentais. Segundo o autor, as posturas procedimentalistas não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das “regras do jogo” democrático; já as posturas substancialistas reconhecem o papel concretizador e veem o Judiciário com um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas. Evidentemente, pontua o autor, que essa posição adotada pelas posturas substancialistas não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta como concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais.

Assentando-se a partir das lições de Streck e Morais, é possível referir que diferentemente dos paradigmas anteriores de Estado, o Estado Democrático de Direito deve ser organizado de forma a ampliar e estruturar os conteúdos novos para a realização dos direitos fundamentais. É necessário que ele faça uma síntese das fases anteriores, procurando redimensionar as necessidades humanas através da garantia do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Isso, implica um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional.<sup>286</sup> Assim, os autores esclarecem da seguinte forma:

A novidade do *Estado Democrático de Direito* não está em uma nova revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da *questão da igualdade* como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.<sup>287</sup>

<sup>284</sup> STRECK, Hermenêutica Jurídica e(m) crise, *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>285</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>286</sup> STRECK, Hermenêutica Jurídica e(m) crise, *Op. Cit.*, p. 63; STRECK; MORAIS, Ciência Política e Teoria do Estado, *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>287</sup> STRECK; MORAIS, Ciência Política e Teoria do Estado, *Op. Cit.*, p. 97.



Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.<sup>288</sup>

Não por acaso, conforme sustenta Barroso,<sup>289</sup> é recorrente na doutrina o debate acerca do fundamento democrático da jurisdição constitucional, das origens até os dias de hoje. A subsistência da polêmica e a busca constante de legitimação nas relações entre o constituinte e o legislador revelam um imperativo dos tempos modernos. Conforme esclarece, é o de harmonizar a existência de uma Constituição – com a observância dos limites que ela impõe aos poderes ordinários – com a liberdade necessária às deliberações majoritárias, próprias do regime democrático.<sup>290</sup> Evidentemente, percebe-se a dificuldade de se estabelecer uma concepção de Constituição que regule o espaço de funcionamento adequado nas relações democráticas entre o Estado e a Sociedade, ou seja, entre a limitação do poder e supremacia da lei, por um lado; e, de outro, entre a participação popular e o governo da maioria (democracia).

Justamente em face do quadro que se apresenta, Barroso<sup>291</sup> esclarece que as perguntas que desafiam a doutrina e a jurisprudência podem ser postas nos seguintes termos: por que um texto elaborado décadas ou séculos atrás (a Constituição) deveria limitar as maiorias atuais? E, porque se deveria transferir ao Judiciário a competência para examinar a validade de decisões dos representantes do povo?

Como explica o constitucionalista que, por sua vez adota uma visão substancialista e não procedimentalista da Constituição e da jurisdição constitucional, as respostas já se encontram amadurecidas na doutrina contemporânea, podendo ser resumidas da seguinte forma: em primeiro lugar, compete à Constituição veicular consensos mínimos que sejam essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático. (...) Esses consensos, embora possam variar nos contextos político-histórico-sociais de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados

<sup>288</sup> STRECK, Hermenêutica Jurídica e(m) crise, *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>289</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88.

<sup>290</sup> *Idem*, p. 88.

<sup>291</sup> *Idem*, p. 88.

fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. Assim, nesse sentido, a participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, por exemplo, constituem mecanismos representativos da sociedade democrática.<sup>292</sup> Enfim, nesse contexto, portanto, a partir de uma visão substancialista Barroso<sup>293</sup> pontua algumas das principais características da modernidade, quais sejam: A democracia, direitos fundamentais, desenvolvimento econômico, justiça social e boa administração são algumas das principais promessas da modernidade. Estes são os fins maiores do constitucionalismo democrático, inspirado pela dignidade da pessoa humana, pela oferta de iguais oportunidades às pessoas, pelo respeito à diversidade e ao pluralismo,<sup>294</sup> e pelo projeto civilizatório de fazer de cada um o melhor que possa ser. Para concluir a visão substancialista, explica Barroso<sup>295</sup> que a Constituição deve conter direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática, calcada na justiça, liberdade e igualdade e, que tais valores sejam implementados pelos juízes e tribunais.

Na mesma visão substancialista, encontra-se Bonavides<sup>296</sup> que defende com vigor a tese substancialista, admitindo a judicialidade da política, especialmente em países de terceiro mundo. Conforme expõe, estabelece-se hoje as exigências do estabelecimento de uma sociedade aberta, justa, pluralista e libertária, cujo norte esteja volvido sempre para os princípios da igualdade, do desenvolvimento e da democracia. Trata-se de princípios a serem estatuídos fora de toda concepção programática e, por conseguinte, fora daquela dimensão fictícia, meramente verbal, com que foram introduzidos nas primeiras Constituições do Estado Social, tendo por paradigma a malograda Constituição de Weimar.

Com efeito, observa Bonavides,<sup>297</sup> que sem a globalização política, a globalização econômica poderá ingressar numa espécie de estado de natureza, do estilo Hobbesiano, ao qual fatalmente o conduzirão a cegueira econômica e a falsidade de política do neoliberalismo, executor de teses falazes para os países do Terceiro Mundo. Conforme assinala, com a nudez da globalização econômica, totalmente desamparada e carente de ética, o mercado das economias

---

<sup>292</sup> Idem, p. 89.

<sup>293</sup> Idem, p. 91.

<sup>294</sup> Diversidade e pluralismo são conceitos próximos, mas não sinônimos. Na acepção aqui empregada, *respeito à diversidade* significa a aceitação do outro, o respeito à diferença, seja ela étnica, religiosa ou cultural. *Respeito ao pluralismo* significa reconhecer que existem diferentes concepções de mundo e de projetos de vida digna, que devem conviver e não devem ter pretensão de hegemonia. BARROSO, Curso de Direito Constitucional contemporâneo, *Op. Cit.*, p. 91.

<sup>295</sup> Idem, p. 91.

<sup>296</sup> BONAVIDES, a constituição aberta, *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>297</sup> Idem, p. 11.

retardadas, tornar-se-á frágil, ou melhor, fragilizado frente aos interesses de grandes capitais financeiros internacionais, “produzindo novos Méxicos e perpetuando novas servidões no campo das economias retardadas”. Bonavides<sup>298</sup> defende a adoção de um federalismo de índole regional, o qual só se fará possível mediante o reconhecimento constitucional da autonomia das Regiões.

Sarlet<sup>299</sup> é outro jurista que compartilha da visão substancialista. Como já referido em passagens anteriores deste trabalho, Sarlet traduz o seu entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição e de direitos fundamentais, há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Também destaca que a doutrina pátria vem se dedicando ao tema, consagrando direitos fundamentais implícitos.<sup>300</sup> Ao analisar a temática referente ao sistema de direitos fundamentais, Sarlet<sup>301</sup> pontua que, ao se reconhecer a existência desse sistema, este necessariamente não será um sistema lógico-dedutivo, autônomo e autossuficiente, mas, sim, um sistema aberto e flexível. Essa característica permitirá à recepção de novos conteúdos e desenvolvimentos integrados à ordem constitucional, além de possibilitar a harmonização de posições jurídicas conflitantes entre si. Nesse contexto, sintetiza Sarlet:

Este entendimento se harmoniza, de outra parte, com a concepção, que hoje pode ser tida como dominante na doutrina, de que a própria Constituição constitui, na condição de estatuto jurídico fundamental (no sentido material e formal) da comunidade, e à medida que superada a doutrina liberal-burguesa da rígida separação entre Estado e sociedade, um sistema aberto de regras e princípios.

Dessa forma, no sentido formal, os direitos fundamentais, devido à sua relevância, estão ligados à ordem jurídico-constitucional, resultando como parte da própria Constituição Federal. São dotados de aplicabilidade imediata e vinculatividade, por força do artigo 5º, § 1º e do artigo 60 da Carta. No sentido material, os direitos fundamentais integram os elementos constitutivos da ordem constitucional material, o que significa que harmonizam a própria estrutura básica do Estado Democrático de Direito.

<sup>298</sup> Idem, p. 10.

<sup>299</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>300</sup> Sarlet, explica que a expressão “implícitos”, no sentido etimológico pode ser considerado o que está subentendido, o que está envolvido, mas não de modo claro (*sic*). Também, segundo Sarlet, verifica-se que a categoria dos direitos implícitos pode corresponder, além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo, a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, não tanto a criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado. Já os direitos decorrentes do regime e dos princípios não se confundem com a categoria dos direitos implícitos, considerados estes na acepção estrita de posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais da Constituição. SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 104-105.

<sup>301</sup> Idem, p. 85-86.

Sustentando o modelo procedimentalista, Habermas<sup>302</sup> critica com veemência a estreita relação entre o direito e a política, ou melhor, a invasão da política pelo Direito. Parte da ideia de que o modelo procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre as exigências idealizadoras dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, para o conteúdo idealizador de pressupostos pragmáticos necessários ao discurso jurídico. Para tanto ele introduz seu modelo de agir comunicativo na seara do Direito, em uma tentativa de interpretação da política e do direito à luz da teoria do discurso. Conforme Habermas,<sup>303</sup> os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito:

O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.

Assim, para Habermas,<sup>304</sup> no Estado Democrático de Direito compete à legislação política a função central. A existência de tribunais constitucionais não é clara o suficiente ou autoevidente na realização do Direito, segundo Habermas. E, mesmo onde eles existem – e ele se restringe à Alemanha e aos Estados Unidos –, há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões.<sup>305</sup> Critica, assim, a forma como a jurisdição constitucional é conduzida, aludindo que, “ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”. A partir do momento em que o tribunal constitucional adota a concretização material de valores, levanta o problema da legitimidade que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida, tornando-se o juiz e a lei a manifestação de esperança em cada caso singular.<sup>306</sup>

<sup>302</sup> HABERMAS, Direito e democracia, *Op. Cit.*, p. 297. Neste momento serão feitas apenas algumas considerações acerca do modelo procedimentalista adotado por Habermas, frente ao modelo substancialista adotado por autores como Bonavides, Sarlet, e, em certa medida sustentado por Streck, como forma de compreender melhor o modelo de Estado Democrático de Direito na sua função de idealizador/concretizador das tarefas sociais próprias do Estado Social de Direito. A crítica de Habermas a uma autocompreensão metodológica sobre a invasão da política e da sociedade pelo Direito será melhor desenvolvida no decorrer deste trabalho. Ver também, STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *Op. Cit.*, p. 52 e ss; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 157; BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139 e ss.

<sup>303</sup> HABERMAS, Direito e democracia, *Op. Cit.*, p. 242.

<sup>304</sup> *Idem*, p. 243.

<sup>305</sup> *Idem*, p. 298.

<sup>306</sup> *Idem*, p. 320-321.

Habermas<sup>307</sup> propõe que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado ao exame de conteúdos de normas controvertidas da Constituição, ou seja, uma compreensão procedimentalista da Constituição, como forma de criação democrática do Direito. “Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito”.

Nesse raciocínio, o discurso proposto por Habermas<sup>308</sup> tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Com efeito, muito embora Habermas reconheça a importância da tarefa política da legislação como crivo de universalidade, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, onde as exigências de imparcialidade do juiz deve-se fazer presente na aplicação e definição do direito.<sup>309</sup>

Nessa perspectiva, importa inferir que Habermas,<sup>310</sup> situa a competência do Tribunal Constitucional no sentido da uniformização do direito, uma espécie de órgão que assume tarefas de reflexão e autocontrole no sistema da jurisdição, limitando-se, portanto, à compreensão procedimentalista da Constituição. Assim, como esclarece Habermas,<sup>311</sup> a função do tribunal constitucional seria a de proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, ou como refere Streck<sup>312</sup> em análise de Habermas, que a intervenção do Judiciário apenas seria justificável para facultar aos excluídos da participação o acesso direto aos poderes políticos como forma de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos e o respeito à própria cidadania.

O que se verifica, segundo Streck,<sup>313</sup> que no plano do agir cotidiano dos juristas não são identificadas nenhuma das duas teses (procedimentalismo e substancialismo). Conforme explica o autor, isso é evidente, na medida em que a prática tem demonstrado tal assertiva, em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e a prática assumida pelo Poder Judiciário; por outro lado, também não se pode afirmar que a prática procedimentalista proposta por Habermas tem sido aplicada na estrutura argumentativa deontológica assumida pelo autor. Segundo Streck, ao analisar a abordagem proposta por Habermas, sustenta que estamos distante da criação democrática de direitos e da garantia da

---

<sup>307</sup> Idem, p. 326.

<sup>308</sup> Idem, p. 190-191.

<sup>309</sup> STRECK, Jurisdição constitucional e decisão jurídica, *Op. Cit.*, p. 157.

<sup>310</sup> HABERMAS, Direito e democracia, *Op. Cit.*, p. 299 e 326.

<sup>311</sup> Idem, p. 326.

<sup>312</sup> STRECK, Hermenêutica Jurídica e(m) crise, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>313</sup> Idem, p. 60.

preservação dos procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos. A submissão do Congresso à reiterada utilização indiscriminada de medidas provisórias por parte do Poder Executivo deixa clara o quanto estamos distante de promover o que Habermas denomina de “combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada e não institucionalizada”.

Enfim, o que se constata, conforme relata Streck,<sup>314</sup> é a inaplicabilidade das teses procedimentalistas, as quais, por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, onde a primazia é a de proceder à inclusão social e o resgate das promessas da modernidade, exurgentes da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte de 1988. Por outro lado, conforme explica Streck, é este o dilema pelo qual nos deparamos; não sufragamos a tese substancialista, porque o Judiciário, preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade,<sup>315</sup> própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição de 1988.

Tais fatores, Streck<sup>316</sup> denomina de *crise de paradigmas do Direito e do Estado*, afinal, inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder, em determinadas circunstâncias, ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito; contudo, o Judiciário não pode ser a solução para todos os problemas e insuficiências de políticas de *welfare state*. É preciso ter em mente que dever-se-ia esperar que o Executivo e o Legislativo cumprissem com os programas de bem-estar da sociedade, não concretizadas no assim denominado Estado Social de Direito e, que hoje, no Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados, como refere Streck.

É evidente que, por tudo isso, é possível identificar, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem

---

<sup>314</sup> Idem, p. 61-63.

<sup>315</sup> Os interesses transindividuais – em suas duas categorias – coletivos e difusos, são interesses que atinam a toda a coletividade, são interesses ditos transindividuais, pois não estão acima ou além dos indivíduos, mas perpassam a coletividade de indivíduos e estes isoladamente. São interesses que se referem a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação – exigem uma atividade. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão, cumpre citar os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação. MORAIS, Do direito social aos interesses transindividuais, *Op. Cit.*, p. 125; SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>316</sup> STRECK, Hermenêutica Jurídica e(m) crise, *Op. Cit.*, p. 61-64.

retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais. Assim, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados.<sup>317</sup> Desse modo, como bem esclarece Streck,<sup>318</sup> “mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), *é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais*, que, legislando na *contramão da programaticidade constitucional*, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade”.

Por último, importante destacar o pensamento de Alexy<sup>319</sup> sobre a sua proposta de solução ou uma forma de reconciliação entre os direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. No entendimento do autor, as normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: (I) fundamentalidade formal – decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, vinculando diretamente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; e (II) fundamentalidade substancial – pois com os direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

O que se verifica é que há quatro extremos que caracterizam direitos fundamentais plenamente formados. No primeiro extremo há um sistema de normas de direitos fundamentais que trata-se do *grau de hierarquia extremo* que, juridicizado no plano constitucional, atribui-lhe direitos fundamentais com hierarquia constitucional. Essa característica não seria suficiente para a institucionalização desses direitos se não lhes acrescesse o segundo, a *força de imposição extrema*, vinculando todos os poderes. Além da hierarquia e força de imposição extremas, é importante ressaltar que os direitos fundamentais protegem questões especiais, o que de fato denotam a sua importância no ordenamento constitucional. Um quarto problema, é a *medida máxima de necessidade de interpretação*, que necessita do auxílio de uma ponderação e que, como parte de um exame de proporcionalidade, consiste no problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais e o fundamento principal para a abertura dos catálogos de direitos fundamentais.<sup>320</sup>

Em todos os Estados, dotados com um catálogo aberto de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, explica porque existem tantos problemas de interpretação jurídico-fundamentais que se apresentam em toda parte, especialmente na arena política.<sup>321</sup>

Assim, ao fazer uma relação entre os direitos fundamentais e democracia, Alexy<sup>322</sup> propõe três modelos para se compreender essa relação: (I) um ingênuo, (II) um idealista e (III) um

<sup>317</sup> Idem, p. 66.

<sup>318</sup> Idem, p. 67.

<sup>319</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 520-522.

<sup>320</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 49-51.

<sup>321</sup> Idem, p. 51.

realista. No primeiro caso, não são identificados conflitos entre direitos fundamentais e democracia, ambos são bons e pode ter-se ilimitadamente:

A concepção ingênua acha, por conseguinte, que ambos pode ter-se ilimitadamente. Essa perspectiva de mundo é muito bonita para ser verdadeira. Seu ponto de partida, que somente existem conflitos entre o bom e o mau, não porém, no interior do bom, é falso. Quem quer impugnar que prosperidade e pleno emprego, que se baseiam sobre crescimento econômico, em si são algo bom e que quer negar que seja certo a proteção e a conservação do meio ambiente é algo bom? Contudo, existe entre esses bens, de fundamentos bem conhecidos, no nosso mundo caracterizado por finitude e escassez, um conflito.

Já no modelo idealista há a reconciliação entre direitos fundamentais e democracia. O conflito entre ambos se resolve no ideal de uma sociedade politicamente perfeita, mas tal ideal não é possível de atingir-se:

Nela, o povo e seus representantes políticos, de modo algum, estão interessados nisto, de violar os direitos fundamentais de algum cidadão por decisões de maioria parlamentares, portanto, leis, ao contrário. A salvaguarda dos direitos fundamentais é um motivo político eficaz para todos. O catálogo de direitos fundamentais tem, nesse modelo rousseauiano, somente ainda um significado simbólico. Ele formula somente ainda aquilo que todos, aliás, acreditam e querem. Como ideal, que pode ser oposto à realidade política e ao qual se deveria aproximar, esse modelo tem, sem mais, seu valor. Mesmo assim, pode saber-se que esse ideal é não-obtenível.

Por conseguinte, o modo de ver realista, segundo Alexy é o correto para aquele que quer institucionalizar os direitos do homem no mundo com ele é, pois a relação entre direitos fundamentais e democracia é caracterizada por duas visões em sentido contrário e, com isso, na realidade, por uma contradição: A primeira diz que os direitos fundamentais são democráticos porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e de igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas; a segunda diz que direitos fundamentais são não-democráticos, porque eles desconfiam do processo democrático.

A proposta de solução é o que Alexy<sup>323</sup> chamou de representação política e argumentativa do cidadão. “A chave para a solução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão”, ou seja, não só do parlamento como, ainda, no tribunal constitucional, onde haverá uma representação com um caráter mais idealístico que no parlamento. É no tribunal constitucional que se poderá resolver as questões controvertidas e as falhas do processo político e, portanto, “um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos”. Assim, complementa que:

---

<sup>322</sup> Idem, p. 52-53.

<sup>323</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 53-54.



A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões, que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático.

Dessa forma, direitos fundamentais e democracia estariam reconciliados afirma Alexy.<sup>324</sup> Portanto, a noção do modelo de Estado Democrático de Direito leva em conta a Constituição aberta voltada para a própria necessidade de transformação no contexto social, ou seja, a transformação da realidade social, cujo objetivo último é a garantia do bem-estar social e também ambiental. Exige-se, portanto, um Estado ativo, não meramente calcado no ideal garantidor das liberdades formais, mas sim, um Estado que promova as condições reais da igualdade material.

Contudo, não bastam as garantias e os direitos fundamentais formalmente expressos na Constituição; mais do que isso, ela pode impor tarefas com “a sua força normativa de constituir-ação do Estado”,<sup>325</sup> impondo tarefas na ordem estatal democrática. Como Hesse<sup>326</sup> sustenta, “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”; e complementa:

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

De fato, poder-se-ia dizer que a constituição pós-moderna ampliou ainda mais a noção da responsabilidade governamental e social e incorporou em seus regramentos a instabilidade dos sentimentos e dos dramas humanos, além da dinâmica social, política e econômica da comunidade nacional, assumindo um papel estruturante das relações individuais e coletivas, como esclarece Castro.<sup>327</sup> É exatamente nesse ponto que se evidencia o compromisso do Estado Democrático de Direito em afirmar os novos direitos fundamentais que refletem no binômio dignidade da pessoa humana – solidariedade social, ou, utilizando-se da expressão que será adotada a seguir, a solidariedade socioambiental.

<sup>324</sup> Idem, p. 54.

<sup>325</sup> STRECK, Jurisdição constitucional e decisão jurídica, *Op. Cit.*, p. 169.

<sup>326</sup> HESSE, A força normativa da constituição, *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>327</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 39.

Nessa ótica de ideias, o fenômeno da abertura constitucional experimenta essa nova e complexa relação, *a complexificação da sociedade*,<sup>328</sup> na medida em que o modelo democrático deve responder adequadamente as promessas de bem-estar existencial, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, com a representação dos direitos de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente saudável, à autodeterminação dos povos, enfim, o que implica uma certa tensão no campo do direito constitucional e da ciência política.

Quando se levantam essas questões, é preciso ter claro, que o Estado Democrático de Direito representa um modelo que busca conciliar as tarefas não cumpridas do Estado Social de Direito, assim como deve observar os direitos individuais e os interesses transindividuais coletivos e difusos, especialmente face à nova realidade apresentada na esfera ambiental: a crise ambiental. Diante desse novo desafio que se apresenta à sociedade contemporânea, não há dúvidas que um novo modelo de Estado deve-se fazer presente para buscar conciliar os conflitos que ocupam essa nova realidade social que, como alerta Boff,<sup>329</sup> é uma crise da própria civilização, um “mal estar da civilização” que o ser humano moderno criou. Nesse sentido, urge a necessidade de um novo modelo de Estado, o Estado Socioambiental de Direito, como um novo paradigma na estrutura da sociedade e na atividade estatal.

Pode-se concluir que no paradigma do Estado Democrático de Direito o indivíduo não é visto apenas no seu âmbito isolado, mas, de forma coletiva, uma vez que o princípio da solidariedade encontra-se presente. São os direitos de titularidade coletiva que abrange todos os interesses da sociedade contemporânea. Notadamente, esse terceiro modelo de Estado, diante da sociedade de risco e da responsabilidade socioambiental, torna-se cada vez mais complexo e “fragilizado” diante das novas exigências postas à sociedade moderna – como a necessidade de um ambiente saudável e equilibrado – e, ao mesmo tempo, a incumbência de conciliar as tarefas não cumpridas pelos paradigmas anteriores de Estado (como a garantia do bem-estar social e do mínimo existencial). Por conta disso, há a necessidade de se buscar um modelo estatal que tenha como tarefa harmonizar e balancear os interesses e valores protegidos constitucionalmente, a fim de restabelecer o equilíbrio ambiental (agora socioambiental).

---

<sup>328</sup> STRECK; MORAIS, *Ciência Política e Teoria do Estado*, *Op. Cit.*, p. 107.

<sup>329</sup> BOFF, *Op. Cit.*, p. 18 e 23.

## 2.5 A CRISE AMBIENTAL, A SOCIEDADE DE RISCO E A NECESSIDADE DE UM NOVO MODELO DE ESTADO DE DIREITO: O ESTADO SOCIOAMBIENTAL

Podemos afirmar que, na esteira da teoria constitucional, de modo especial no que diz respeito com a teoria dos direitos fundamentais, tem sido marcada por um processo evolutivo de constante transformação e aprimoramento, o qual é modelado a partir das relações sociais que legitimam toda a ordem constitucional, assim como das novas feições e tarefas incorporadas ao Estado e ao Direito de um modo geral, sempre em busca de uma salvaguarda mais ampla dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) e a dignidade da pessoa humana.<sup>330</sup>

Nessa perspectiva, a caracterização de novos valores, impulsionados especialmente pelo modelo de sociedade contemporânea, marcada a partir da década de 1970, evidencia-se um novo e complexo quadro que ganha a presença marcante da defesa do meio ambiente e da melhoria da qualidade de vida do ser humano, como decorrência do sistema atual de crise ambiental, essa, que segundo Benjamin,<sup>331</sup> ninguém mais disputa a sua atualidade e gravidade na sociedade contemporânea; crise que é multifacetada e global, com riscos ambientais de toda ordem e natureza. Só em meados da década de 1970 é que houve efetivamente o reconhecimento do ambiente como valor merecedor de tutela maior pelos sistemas constitucionais.<sup>332</sup>

Pérez Luño,<sup>333</sup> ao abordar os aspectos da formação histórica do meio ambiente, afirma que o ano de 1968 foi a data crucial para a afirmação de um amplo movimento coletivo com marca ecológica. Neste ano, emergiram diante da opinião pública diversos movimentos de protesto contra a contaminação atmosférica e as águas marítimas e fluviais. Sob a pressão destas reivindicações, o ano de 1970 foi declarado “Ano Europeu da conservação da natureza”. O autor ressalta que a ecologia adquiriu especial relevância para as ciências sociais, em seu ramo de ecologia humana, ao analisar os processos através dos quais o homem pode modificar o equilíbrio dos ecossistemas, com as consequentes repercussões para o ambiente e o próprio desenvolvimento da vida humana.

Assim, a ecologia representa no atual marco global, um renovado enfoque das relações entre o homem e seu entorno, que acarrete em uma utilização racional dos recursos energéticos, e

---

<sup>330</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

<sup>331</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

<sup>332</sup> Idem, *ibidem*, p. 86.

<sup>333</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 42-46.

substitua o crescimento desenfreado em termos puramente quantitativos, por um uso equilibrado da natureza que torne possível a qualidade de vida, como esclarece o Pérez Luño.<sup>334</sup>

É seguro dizer que a constitucionalização do meio ambiente é uma irresistível tendência internacional, que coincide com o surgimento e consolidação do Direito Ambiental. Mas, constitucionalizar é uma coisa; constitucionalizar bem, outra totalmente diversa explica Benjamin.<sup>335</sup> Ninguém deseja uma Constituição reconhecida pelo que diz e desprezada pelo que realiza ou deixar de realizar.<sup>336</sup> Nessa evolução, explica Medeiros<sup>337</sup> que foi durante o ano (1968) que o Conselho Europeu adotou duas declarações importantes: uma a respeito da luta contra a poluição do ar e a outra a propósito da proteção dos recursos hídricos; também, foi ainda nesse ano que a Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu convocar uma conferência mundial acerca do ambiente humano: a Conferência de Estocolmo, realizada em 1972.

O primeiro passo efetivamente institucional e global relativo à preocupação com o ambiente, representando um marco histórico de grande representatividade para os movimentos sociais, deu-se com a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, na qual se proclamava ser a proteção do ambiente uma questão fundamental que afeta o bem-estar de todos os povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, constituindo-se em um desejo urgente dos povos e um dever de todos os governos.<sup>338</sup> Nessa Declaração, consoante lembra Séguin,<sup>339</sup> “a Conferência de Estocolmo, em 1972, foi um marco para os movimentos sociais, que terminaram por impor frutos na legislação brasileira, que timidamente começou a regulamentar a devastação desenfreada do nosso patrimônio ambiental”. Ela mostrou a necessidade de gerar um amplo processo de educação ambiental, o que levou a criar o Programa Internacional de Educação Ambiental Unesco/Pnuma em 1975 e a elaborar os princípios e orientações da educação ambiental na Conferência de Tbilisi em 1977.<sup>340</sup>

Na Declaração de Estocolmo, foram expressos, entre outros, o princípio de que o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar,

---

<sup>334</sup> Idem, p. 45.

<sup>335</sup> BENJAMIN, Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira, *Op. Cit.*, p. 87.

<sup>336</sup> Idem, p. 87.

<sup>337</sup> MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41.

<sup>338</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 21; MEDEIROS, *Op. Cit.*, p. 41-42.

<sup>339</sup> SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 25.

<sup>340</sup> LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 237. Isso levou a fundar a educação ambiental em dois princípios básicos: 1) uma nova ética que orienta os valores e comportamentos sociais para os objetivos de sustentabilidade ecológica e equidade social e uma nova concepção de mundo como um sistema complexo levando a uma reformulação do saber e a uma reconstituição do conhecimento.

tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, bem como a obrigação de preservar os recursos naturais da Terra incluídos o ar, a água, a Terra, a flora e a fauna em benefício das presentes e das futuras gerações.<sup>341</sup> Nesse sentido, a Declaração de Estocolmo de 1972 representou um marco histórico que, pela primeira vez, dispôs detalhadamente sobre os princípios a serem adotados para a construção de uma efetiva proteção jurídica do meio ambiente humano, com atenção às gerações futuras.

Nos anos seguintes à Declaração de Estocolmo houve uma série de instrumentos internacionais que intensificaram o debate acerca da proteção do meio ambiente e do bem-estar social com a compatibilização de um novo desenvolvimento – o desenvolvimento sustentável. É nesse cenário que no ano de 1987 o Relatório Brundtland, também conhecido como “Nosso futuro comum”, reconhece a dependência do homem em relação ao meio ambiente, especialmente tratou de mencionar a importância de um desenvolvimento sustentável, equilibrado e solidário para as gerações futuras. O referido documento, esclarece Belchior,<sup>342</sup> tornou urgente e notória a adoção de instrumentos que levem os Estados a enfrentar a crise ecológica por conta da escassez dos recursos naturais percebida em nível planetário. Acerca desse quadro, observa Silva:<sup>343</sup>

O problema da *tutela jurídica do meio ambiente* manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano. (...) o que é importante – escrevemos de outra feita – é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida*.

À luz de tais considerações, tem-se que a tutela do meio ambiente apresenta-se como um valor intrínseco à própria qualidade e bem-estar do homem. Ao que parece, a crise ambiental, ou como refere Canotilho<sup>344</sup> “problemas de risco” se agrava com o predomínio do desenvolvimento

<sup>341</sup> Princípios 1º e 2º da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – Declaração de Estocolmo. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: 25 set. 2013.

<sup>342</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 116.

<sup>343</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30 e 72.

<sup>344</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *Op. Cit.*, p. 1354.

tecnológico e científico, ameaçando à manutenção, à sobrevivência e o equilíbrio de todo o ecossistema do Planeta, caracterizando o que Beck<sup>345</sup> denomina de “sociedade de risco”.

Desde então, em nível das organizações internacionais, diversas foram as iniciativas levadas a efeito no sentido da proteção ao meio ambiente, merecendo destacar-se a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, intitulada ECO-92, na qual se assentou, entre outros princípios, o de que os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento, tendo direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza.<sup>346</sup> Outro resultado da ECO-92 foi a criação da Agenda 21 que, juntamente com a Declaração do Rio, adotou o desenvolvimento sustentável como meta a ser buscada e respeitada por todos os países. Assim, o princípio 4 da Declaração do Rio estabelece: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.”<sup>347</sup>

Acerca do tema, Leff<sup>348</sup> manifesta-se no sentido de que, a partir daquele momento, a emergência do ambiente e o discurso da sustentabilidade foi sendo legitimado, oficializado e difundido amplamente no cenário mundial: “naquele momento é que foram assinalados os limites da racionalidade econômica e os desafios da degradação ambiental ao projeto civilizatório da modernidade”. A escassez, alicerce da teoria e prática econômica, converteu-se numa escassez global que já não se resolve à luz do progresso técnico, pela substituição de recursos escassos por outros mais abundantes ou pelo aproveitamento de espaços não saturados para o depósito dos rejeitos gerados pelo crescimento desenfreado da produção.<sup>349</sup> Nesse processo, Leff<sup>350</sup> pontua que a degradação ambiental se manifesta como sintoma de uma crise de civilização, marcada pelo modelo de modernidade regido pelo predomínio do desenvolvimento da razão tecnológica sobre a organização da natureza.

Diante dessa percepção, o atual contexto de risco e degradação ambiental projetado sobre as sociedades contemporâneas impõe novos desafios ao direito constitucional, devendo-se repensar os próprios fundamentos do conceito de Estado de Direito a partir da nova realidade socioambiental vivenciada pelas comunidades humanas em todas as suas dimensões.<sup>351</sup>

---

<sup>345</sup> BECK, Sociedade de risco, *Op. Cit.*

<sup>346</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 22; BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>347</sup> MILARÉ, *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>348</sup> LEFF, Saber ambiental, *Op. Cit.*, p. 16-17.

<sup>349</sup> Idem, *ibidem*, p. 16-17.

<sup>350</sup> Idem, *ibidem*, p. 17.

<sup>351</sup> FENSTERSEIFER, Direitos fundamentais e proteção do ambiente, *Op. Cit.*, p. 26.

Sob a influência a partir dos documentos internacionais acima referidos, é, pois, que as questões relativas ao meio ambiente começam a receber normalização constitucional. A exemplo, citam-se a Constituição do Panamá (1972) da Grécia (1975), de Portugal (1970) e da Espanha (1978). Em um segundo momento, a Constituição brasileira produziu a constitucionalização do ambiente por intermédio de uma normalização que não se distanciou muito dos modelos constitucionais referidos.<sup>352</sup> Assim, o Brasil, seguindo a tendência dos demais países, conferiu a constitucionalização da proteção ambiental que ocorreu somente na Constituição de 1988; as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam com a proteção do ambiente de forma específica e global esclarece Milaré.<sup>353</sup> No entendimento do autor, a Constituição de 1988 pode ser denominada “verde”, tal o destaque que dá à proteção do meio ambiente. Como destaca Milaré:<sup>354</sup>

Na verdade, o Texto Supremo captou com indisputável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza –, traduzindo em vários dispositivos aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente.

Como bem observa Campos Júnior,<sup>355</sup> “a Constituição brasileira de 1988, pela primeira vez em toda a história do nosso constitucionalismo, manifestou preocupação com o tema do meio ambiente, tanto que o elevou à proteção constitucional”.

Como exemplo de referência constitucional, percebe-se logo a menção ao artigo 5º, LXXIII, onde estabelece a legitimação a qualquer cidadão a propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Note-se que não se verifica em outros incisos do artigo 5º uma proteção específica do meio ambiente.

Contudo, o núcleo essencial da normalização constitucional em matéria ambiental encontra-se no artigo 225, *caput*, segundo o qual todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem que é de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.<sup>356</sup>

---

<sup>352</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 22-23.

<sup>353</sup> MILARÉ, *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>354</sup> *Idem*, p. 168-169.

<sup>355</sup> CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 113.

<sup>356</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 24. No segundo capítulo, a partir do artigo 225, *caput*, será analisada a natureza jurídica do direito ao meio ambiente, como direito fundamental e a consequência da sua constitucionalização, ou seja, a caracterização do direito ao meio ambiente como um direito subjetivo. Para isso, com base especialmente na doutrina de Alexy, buscar-se-á compreender essa intrincada relação que envolve a estrutura normativa do direito ao meio ambiente, enquanto posições positivas e negativas.

A Constituição de 1988 desponta hoje como novo valor constitucional, tornando-se “esverdeada”, tomando-se da expressão de Pereira da Silva,<sup>357</sup> ao adotar uma abordagem ampla no artigo 225, matriz ecológica do Direito Constitucional. Como aponta Benjamin,<sup>358</sup> a Constituição Federal de 1988 sepultou o paradigma liberal que via e (insiste em ver) no Direito apenas um instrumento que visa à organização da vida econômica, orientado unicamente para resguardar certas liberdades básicas e a produção econômica; passou-se do estágio da miserabilidade ecológica constitucional à opulência ecológica constitucional.

A Constituição transformou de modo extraordinário o tratamento jurídico do meio ambiente, reconhecendo-o como bem jurídico autônomo e recepcionando-o na forma de *sistema*, ou seja, os seus elementos organizam-se juridicamente a partir de uma perspectiva sistêmica. A adoção de uma concepção holística e ampliada, abraçada pelo constituinte de 1988, valorizou o meio ambiente com fundamentos éticos explícitos e implícitos com uma combinação de argumentos antropocêntricos mitigados, biocêntricos e até ecocêntricos; o novo discurso jurídico ambiental se torna dicotômico ao desaparecer o *ius dispositivum*, já que o constituinte expressou-se somente por dispositivos *ius cogens* e *ius interpretativum*, o que banha de imperatividade geral as normas constitucionais e a ordem pública ambiental infraconstitucional; e, por último, a tutela do meio ambiente passa a ser viabilizada por instrumentos próprios de implementação, como a ação pública, a ação popular, as sanções administrativas e penais e a responsabilidade civil pelo dano ambiental.<sup>359</sup>

Como se percebe, a abordagem ecológica constitui-se um dos grandes desafios do Direito Ambiental-Constitucional no século XXI. Como já assinalado em passagens anteriores, o problema é a falta de efetividade das normas de proteção ambiental aplicadas ao discurso jurídico-político, ou seja, em vista da complexidade da atual sociedade e da necessidade de um novo paradigma de Estado, torna-se necessário buscar uma compreensão adequada do novo fenômeno da contemporaneidade: a problemática do risco ambiental. De fato, esclarece Krell,<sup>360</sup> “torna-se imprescindível uma reflexão pragmática sobre o Direito Ambiental no Brasil, que ultrapasse os confins da norma legal e examine os complexos fenômenos jurídicos, políticos e

---

<sup>357</sup> SILVA, Vasco Pereira da. Verde cor de direito, *Op. Cit.*

<sup>358</sup> BENJAMIN, Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira, *Op. Cit.*, p. 110; BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 366-368.

<sup>359</sup> Idem, *ibidem*, p. 111 e 367.

<sup>360</sup> KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 90.



socioeconômicos, os quais condicionam sua viabilidade e utilidade social”. Mais do que isso, a “nova modernidade”<sup>361</sup> reclama por uma concepção ética a partir do alcance da ação humana, compreendida esta, portanto, como a ética da responsabilidade humana – o agir humano para além da limitação antropocêntrica.<sup>362</sup>

Com base em tais premissas, a crise ambiental e o surgimento da sociedade de risco que ora se enfrenta comprometem significativamente a própria sobrevivência humana. Assim, na medida em que a sociedade moderna reclama por uma justiça social, com menos desigualdades e, conseqüentemente por uma cidadania socioambiental, cumpre ao Direito e ao Estado, a fim de restabelecer o equilíbrio (hoje) socioambiental, posicionar-se frente a esses novos problemas e ameaças que colocam em risco o bem-estar humano e o futuro do planeta.

A problemática ambiental e o surgimento da sociedade de risco designa um período de transição do período industrial para o período de risco da modernidade no qual começam a tomar forma as ameaças e os perigos até então produzidos no padrão da velha sociedade industrial.<sup>363</sup> A sociedade de risco, característica da modernização e sob os contornos da sociedade industrial clássica, ou seja, representa a fase seguinte ao período industrial, assume uma tomada de consciência do esgotamento do modelo de desenvolvimento industrial, trazendo consigo, o risco permanente de desastres e catástrofes ambientais.<sup>364</sup> Problemas esses que Beck<sup>365</sup> denomina de “sociedade (industrial) de risco”, o que exige um difícil equilíbrio nas oposições entre modernidade e sociedade industrial e entre sociedade industrial e sociedade de risco. Segundo Beck:<sup>366</sup>

A transição do período industrial para o período de risco da modernidade ocorre de forma indesejada, despercebida e compulsiva no despertar do dinamismo autônomo da modernização, seguindo o padrão dos efeitos colaterais latentes. [...] A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, estes últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial.

<sup>361</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GUIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 15.

<sup>362</sup> JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 29.

<sup>363</sup> BECK, A reinvenção da política, *Op. Cit.*, 17-18.

<sup>364</sup> BECK, Sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 12-13; LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar. Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 611.

<sup>365</sup> BECK, Sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>366</sup> BECK, A reinvenção da política, *Op. Cit.*, p. 18.

A sociedade de risco é aquela que, em função de seu crescimento, pode sofrer a qualquer tempo as consequências das catástrofes e mudanças climáticas, por exemplo, em função do crescimento econômico contínuo. Nota-se, portanto, a evolução e o agravamento dos problemas, seguidos de uma evolução da sociedade (da sociedade industrial para a sociedade de risco), sem, contudo, uma adequação dos mecanismos jurídicos de solução dos problemas dessa nova sociedade.<sup>367</sup>

Há consciência da existência dos riscos e perigos enfrentados pela sociedade moderna, principalmente os riscos de catástrofe ecológica; no entanto, ela vem desacompanhada de políticas de gestão, fenômeno que Beck<sup>368</sup> denomina de irresponsabilidade organizada e explosividade social do perigo. O primeiro é utilizado para descrever os meios pelos quais os sistemas político e judicial das sociedades de risco tornam invisíveis as origens e consequências sociais dos perigos ecológicos em grande proporção; o segundo, no entanto, avalia que a dimensão dos riscos que se enfrentam é tal, que os meios utilizados para lutar contra eles, a nível político e institucional são tão deploráveis, que a nossa tranquilidade e normalidade esvaem-se na realidade de perigos e ameaças inevitáveis.<sup>369</sup>

Como foi demonstrado no decorrer deste capítulo, há sempre um marco histórico que marca a transição de um modelo de Estado para outro. Durante a análise de cada período estatal, verificou-se que tanto as ideologias liberais como as socialistas não souberam lidar com as ameaças e perigos originados do processo de produção. Em verdade, apontam Leite e Ayala,<sup>370</sup> que tanto o capitalismo industrialista, no primeiro caso, quanto o coletivismo industrialista, no segundo, puseram em prática um modelo industrial agressivo aos valores ambientais da comunidade. Nesse fio condutor, mais uma vez o risco é a culpa do nosso tempo; uma culpa assumida e gerida antecipadamente esclarece Carvalho.<sup>371</sup>

Acerca do tema, De Giorgi<sup>372</sup> manifesta-se referindo que “o risco, então, é uma característica estrutural da complexidade da sociedade moderna, de sua temporalização, da simbiose com o futuro, do paradoxo do presente, da ecologia do não-saber”.

---

<sup>367</sup> LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar. *Op. Cit.*, 611-612.

<sup>368</sup> GOLDBLATT, *Op. Cit.*, p. 240.

<sup>369</sup> *Idem*, p. 240.

<sup>370</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>371</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (orgs). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011, p. 109.

<sup>372</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 234.

Notadamente, diante dessas implicações socioambientais, forma-se uma *cultura da incerteza e da insegurança*<sup>373</sup>, trazida pela sociedade de risco no momento de transição, advinda da sociedade industrial como enfatiza Beck.<sup>374</sup> Essas incertezas, trazidas pela sociedade em transição e de risco obriga os cultores do direito constitucional a prestar mais atenção a certos problemas como os da crise de representação, da envolvimento dos direitos constitucionais e pelo já vigente direito constitucional comunitário e, especialmente, da erupção de novos direitos e novos deveres intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana: o direito fundamental ao meio ambiente.<sup>375</sup> De fato, esclarece Canotilho,<sup>376</sup> que “as instituições e os indivíduos (...) estão hoje mergulhados numa *sociedade técnica, informativa* e de *risco* que obriga o jurista constitucional a preocupar-se com o espaço entre a técnica e o direito de forma a evitar que esse espaço se transforme numa terra de ninguém jurídica”.

Dada à complexidade do paradigma da sociedade de risco no plano constitucional é mister hoje falar-se em modernização reflexiva, ou seja, o problema que se coloca, em sede de teoria da constituição, é o de saber se ela pode contribuir para a análise crítica do desenvolvimento científico-tecnológico, para a democratização do conhecimento dos efeitos secundários das decisões de risco.<sup>377</sup> Essa posição é ressaltada por Canotilho<sup>378</sup> sobre os problemas de complexidade e de risco na sociedade contemporânea, como se extrai do entendimento do autor:

Um dos problemas fundamentais da sociedade de risco é o da radical assinalagmaticidade do risco. Quer-se com isto dizer que o risco de catástrofes civilizatórias (...) é *criado* por uns e *suportado* por outros. Mas não só isso. Quem *participa* nas decisões de risco são organismos e organizações a quem falta legitimação democrática para decidir sobre a vida e a morte de comunidades inteiras. Por último, a *localização* das fontes de risco pauta-se, não raras vezes, por critérios de *injustiça ambiental*, situando indústrias e atividades perigosas nas zonas e países mais desprotegidos (em termos económicos, sociais, culturais, científicos). (...) Aí está o problema: os procedimentos, formas e instituições de uma democracia de risco e de uma justiça de risco passam também pela articulação de vários subsistemas (científico, económico, político, jurídico) que um esquema normativo-constitucional dificilmente pode assegurar. Por outras palavras: a teoria da constituição defronta o problema da conformação da *continuidade política do risco*, com as questões inerentes de uma *nova democracia participatória* e de uma *nova cidadania de risco*.

Diante dessa complexidade no plano constitucional ressaltada por Canotilho, convém pontuar, conforme Bobbio,<sup>379</sup> “que uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro, quer dizer, uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito

<sup>373</sup> GOLDBLATT, *Op. Cit.*, p. 258-267.

<sup>374</sup> BECK, Sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>375</sup> CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>376</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>377</sup> *Idem*, p. 1355.

<sup>378</sup> *Idem*, p. 1354-1355.

<sup>379</sup> BOBBIO, A era dos direitos, *Op. Cit.*, p. 77.

que pode ser reconhecido e protegido com argumentos convincentes; outra é ter um direito que pode ser efetivamente protegido”.

Quando se fala da preservação do meio ambiente as dificuldades e os desafios são ainda maiores, pois exigem uma maior proteção em uma dimensão planetária, ou seja, os riscos das novas tecnologias ganharam uma complexidade global, demandando esforços e uma compreensão intercomunitária, em nível internacional. Dessa forma, segundo Canotilho,<sup>380</sup> qualquer que seja o conceito de risco, e existem vários conceitos, ele aponta para: (I) são os perigos conhecidos e desconhecidos gerados pela moderna tecnologia; (II) dizem respeito as ameaças de toda a civilização; (III) as potencialidades do domínio tecnológico da natureza e da pessoa; e (IV) encontram-se os desafios colocados às comunidades humanas no plano da segurança e previsibilidade perante eventuais catástrofes provocadas pela técnica e pela ciência.

É inegável que atualmente a sociedade vive uma intensa crise ambiental. A insegurança e a incerteza, aliás, afetam todas as áreas, inclusive o Direito e, principalmente o Direito ambiental. As incertezas mencionadas por Canotilho caracterizam a sociedade pós-moderna, que segundo o sociólogo polonês Bauman,<sup>381</sup> apontam para a “fluidez” ou “liquidez” no discurso da modernidade: “a ausência, ou a mera falta de clareza, das normas – anomia – é pior que pode acontecer às pessoas em sua luta para dar conta dos afazeres da vida. As normas *capacitam* tanto quanto *incapacitam*; a anomia anuncia a pura e simples incapacitação”.

De todo modo, é importante enfatizar que o *risco* ocupa cada vez mais espaço nos sistemas científico, econômico, político, jurídico e social, o que representa o caráter transdisciplinar das noções de risco, com bem demonstrado até aqui. O princípio da precaução, um dos instrumentos que estruturam o direito ambiental, recebe uma extraordinária importância na tutela ambiental.

É preciso ter cautela na adoção de instrumentos com base no risco. O que se tem visto, segundo Bello Filho<sup>382</sup> que “a consequência que surge, e que dificulta a pertinência popular ao direito ao meio ambiente, mesmo na perspectiva emancipatória, é que a segurança jurídica ficará mitigada fatalmente em razão dessa incerteza”. Como pontua o autor, em razão dessa incerteza, há uma maior dificuldade de estruturar o direito ao ambiente, uma vez que a sua presença agride os

---

<sup>380</sup> CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, *Op. Cit.*, p 1354.

<sup>381</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 09 e 28.

<sup>382</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um Direito Ambiental no Século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 306.

conceitos clássicos de direito, fazendo com que ele seja percebido como ramo destoante da estrutura jurídica vigente.<sup>383</sup>

Bello Filho,<sup>384</sup> ao tratar da estruturação do direito ao meio ambiente, faz uma crítica sobre o uso indiscriminado do princípio da prevenção e, em especial, a realização sempre pronta do princípio da precaução. O autor enfatiza que, ao tratar dos instrumentos normativos aptos a salvaguarda do direito ao meio ambiente, há uma clara tendência de exasperar o caráter regulatório próprio da dimensão democrática do direito ao ambiente, relegando-o a um vazio de legitimidade e de conteúdo. Para o autor, o conteúdo ético da norma foi desprezado para além da cientificidade, desrespeitando a solidariedade e a democracia e a relação existente entre o homem-ambiente. Assim, conforme o autor:<sup>385</sup>

Esse cientificismo regulatório foi responsável por uma hipertrofia regulatória e uma (des)juridicização do direito ambiental, na medida em que as normas técnicas passaram a vigor com primazia, determinando condutas e impondo-se sobre as normas de vasto conteúdo ético, estas, sim, de natureza e caráter emancipatórios. (...) De toda sorte, o direito somente enfrenta a era do risco, preservando o ambiente, se se livrar das amarras clássicas regulatórias e construir caminho como espaço e instrumento de solidariedade e de emancipação popular.

Vê-se, por conseguinte, que construir um Estado de Direito Socioambiental<sup>386</sup> não se constitui em tarefa fácil, em face da complexidade dos problemas emergentes e da situação de transição que enfrenta a sociedade, através da globalização e de outros fenômenos emergentes. É evidente o esvaziamento da capacidade regulatória do Estado, tendo em vista os fenômenos de dimensão global e intensificação da pressão exercidas por entidades não governamentais de alcance transnacional.

Canotilho<sup>387</sup> explica que os problemas ecológicos da modernidade podem ser classificados em dois grandes grupos: os de primeira geração, os quais reconduziam-se à prevenção e controle da poluição, das suas causas e efeitos, e à subjetivação do direito ao ambiente como direito fundamental ambiental. “A dimensão antropológica deste direito era particularmente acentuada por todos aqueles que insistiam na pessoa humana e na sua dignidade

<sup>383</sup> Idem, p. 306.

<sup>384</sup> Idem, p. 304-307.

<sup>385</sup> Idem, p. 305-307.

<sup>386</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 29. No original, os autores adotam a expressão Estado de Direito do Ambiente. Para o desenvolvimento desse trabalho, adotar-se-á a expressão Estado de Direito Socioambiental. Ver outros: SARLET; FENSTERSEIFER, Direito constitucional ambiental, *Op. Cit.*, MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>387</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23-24.

como raiz indeclinável da moralidade ambiental antropocêntrica bem no sentido Kantiano”<sup>388</sup>; e os de segunda geração, particularizados pelos efeitos complexos e combinados como os fatores de poluição, efeito estufa, destruição da camada de ozônio, mudanças climáticas e a destruição da biodiversidade na dimensão global.

Segundo o autor português, os problemas ambientais de primeira geração objetivam, portanto, o controle da poluição e a subjetivação do direito ao ambiente como um direito fundamental do ser humano. Nessa perspectiva, a dimensão antropológica acentua-se particularmente na pessoa humana e na sua dignidade como raiz indeclinável da moralidade ambiental. Já os direitos de segunda geração, no entanto, distintamente dos anteriores, surgem como efeitos combinados e intrincados de fontes dispersas de poluição, comprometendo profundamente os interesses das gerações futuras.

Deve-se observar, entretanto, que os problemas ambientais de primeira geração e os de segunda geração, levantados pelo autor português, não são estanques. Isso significa que, embora constituam pressuposto para a caracterização de normas de controle antropicamente centradas, não estão restritos a um determinado período ou a uma conjuntura específica. Isso significa que os problemas ambientais, sejam eles de primeira ou de segunda geração, não se excluem, mas coexistem na modernidade, exigindo que o sistema jurídico esteja sempre em busca de mecanismos de compatibilização.<sup>388</sup>

É claro que há um processo de expansão das normas disciplinadoras que avançam na direção da proteção do meio ambiente, citando-se como exemplo, instrumentos preventivos e precaucionais que fortalecem não somente o *status* material do direito fundamental ao meio ambiente, mas também o *status* instrumental na tutela ambiental. Embora o paradigma antropocêntrico encontra-se em processo de flexibilização, buscando a superação clássica de que o homem é a medida e o fim de todas as coisas, não há dúvida de que os infortúnios ambientais oriundos de uma sociedade de risco, demandam uma nova visão e uma transformação no tocante ao papel do Estado e da sociedade.

Canotilho<sup>389</sup> aponta para uma nova ordem na dimensão jurídico-normativa dos problemas ambientais de segunda geração, constatando o que ele denomina de uma *sensitividade ecológica* mais sistêmica e cientificamente ancorada e para a relevância do *pluralismo legal global* na regulação das questões ecológicas.

---

<sup>388</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica: os novos desafios à proteção da natureza em um direito ambiental de segunda geração. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223.

<sup>389</sup> CANOTILHO, Direito constitucional ambiental português, *Op. Cit.*, p. 24. (grifos do autor)

Considerando a noção dos problemas ambientais no processo de globalização e a necessidade de uma transformação emergencial no discurso do Estado, nesse processo é que se defende uma nova ordem pública na tutela ambiental, ou seja, defende-se o *fenômeno da ecologização do Estado e do Direito*,<sup>390</sup> um novo paradigma capaz de redimensionar as *agendas social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano*.<sup>391</sup>

Todavia, em relação ao Direito é importante destacar que este não exerce uma função unicamente repressiva, mas também uma função promocional, na medida em que o Estado assume uma configuração diversa, no momento em que estabelece para si objetivos que possam ser alcançados simplesmente pelo desencorajamento dos comportamentos não desejados, ou ainda, pode assumir o papel de encorajador dos comportamentos desejados, no qual consiste a promoção.<sup>392</sup> Assim, o Estado Socioambiental de Direito precisa estimular condutas ambientalmente desejáveis, em prol de um ambiente sadio, ou, por outro lado, ele tem o dever de desestimular as condutas lesivas ao meio ambiente, de agir às situações que carecem de proteção; e mais, no redimensionamento do papel do Estado na sociedade, é mister pontuar-se que, em sintonia com um ambiente saudável e equilibrado faz-se necessária a inserção do “*mínimo existencial ecológico*, que, na perspectiva integrada ora sustentada, assume as feições de um *mínimo existencial socioambiental*”.<sup>393</sup>

Nesse horizonte, na medida em que o meio ambiente interfere nos demais ramos do direito – privado e público – para neles introduzir a ideia de um ambiente ecologicamente equilibrado, dada tamanha importância para as presentes e futuras gerações, como um *direito horizontal*, é mister pontuar-se, por conseguinte, que: não somente na reconfiguração das forças políticas de um mundo marcado pela desigualdade social, empobrecimento das maiorias e a própria degradação ambiental em escala planetária, a construção de um Estado Socioambiental de Direito parece uma utopia, porque sabe que os recursos ambientais são finitos e antagônicos com a produção de capital e o consumo exigentes; em segundo lugar, demanda, por consequência, uma gestão integrativa da juridicidade ambiental, obrigando o jurista constitucional a ponderar entre a

---

<sup>390</sup> LEITE; AYALA, Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica, *Op. Cit.*, p. 223.

<sup>391</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, Direito constitucional ambiental, *Op. Cit.*, p. 94-95.

<sup>392</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 45.

<sup>393</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado Socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

técnica e o direito, de forma a evitar, conforme Canotilho,<sup>394</sup> “que esse espaço se transforme numa terra de ninguém jurídica,” conforme referido anteriormente.<sup>395</sup>

No entanto, Santos<sup>396</sup> assinala que a modernidade vive uma utopia ecológica e democrática. Na primeira, “a sua realização pressupõe a transformação global, não só dos modos de produção, mas também do conhecimento científico, dos quadros da vida, das formas de sociabilidade e dos universos simbólicos e pressupõe, acima de tudo, uma nova relação paradigmática moderna”; na segunda, “a transformação que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva, incluindo nela a carta dos direitos humanos da natureza”.

Vê-se, de fato, que a crise ambiental que ora se enfrenta em razão do processo da civilização hodierna, vinculado à globalização, ao desenvolvimento em todas as esferas é o que marca a passagem para o Estado Socioambiental de Direito.<sup>397</sup> É nesse diapasão que o Estado Socioambiental entra em cena, uma vez que há um outro viés da crise, como vem sendo levantado por filósofos e teólogos, ao defenderem uma nova visão da crise ecológica que não se limita a um sistema físico-biológico. Portanto, como já referido em passagens anteriores, é uma crise da própria civilização. Assim, alerta Leff.<sup>398</sup>

Desta maneira, inicia-se o debate teórico e político para valorizar a natureza e internalizar as “externalidades socioambientais” ao sistema econômico. (...) Na percepção desta crise ecológica foi sendo configurado um conceito de ambiente como uma nova visão do desenvolvimento humano, que reintegra os valores e potenciais da natureza, as externalidades sociais, os saberes subjugados e a complexidade do mundo negados pela racionalidade mecanicista, simplificadora, unidimensional e fragmentadora que conduziu o processo de modernização. O ambiente emerge como um saber reintegrador da diversidade, de novos valores éticos e estéticos e dos potenciais sinérgicos gerados pela articulação de processos ecológicos, tecnológicos e culturais.

Nesse mesmo sentido, Boff<sup>399</sup> também alerta para a falta de cuidado com a vida no planeta Terra e com a sua diversidade. Segundo ele, o ser humano, a civilização pode estar caminhando em direção ao caos. “Enfrentamos uma crise civilizacional generalizada”. Assim alerta Boff.<sup>400</sup>

Precisamos de um novo paradigma de convivência que funde uma relação mais benfazeja para com a Terra e inaugure um novo pacto social entre os povos no sentido de respeito e

<sup>394</sup> CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>395</sup> LEITE; AYALA, *Op. Cit.*, p. 30; BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 120.

<sup>396</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 63

<sup>397</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 117. A autora utiliza a expressão Estado de Direito Ambiental. Prefere-se adotar à expressão Estado Socioambiental de Direito que, como já referido, resulta na convergência das agendas social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político.

<sup>398</sup> LEFF, Saber ambiental, *Op. Cit.*, p. 16-17.

<sup>399</sup> BOFF, *Op. Cit.*, p. 17-18.

<sup>400</sup> Idem, p. 18.



de preservação de tudo o que existe e vive. Só a partir desta mutação faz sentido pensarmos em alternativas que representem uma nova esperança.

Não há dúvida, portanto, que a problemática ambiental deve receber um tratamento diferenciado, pois exerce um peso preponderante no ordenamento jurídico contemporâneo. É nesse sentido, que urge a construção de um Estado Socioambiental de Direito que venha consolidar a tutela dos interesses das futuras gerações como a *imposição constitucional de vínculos obrigacionais intergeracionais*.<sup>401</sup> A interação entre os princípios da equidade intergeracional, da precaução, da prevenção é importante para estruturar o novo modelo de Estado; a formação de uma comunicação do risco ambiental, assumida no plano constitucional é o que vai apontar caminhos em resposta aos novos pilares de uma sociedade de risco, a partir do redimensionamento do papel do Estado na sociedade, para então garantir um processo de *racionalização das incertezas*.<sup>402</sup> É dessa forma que a tutela ambiental ganha uma nova dimensão, através da utilização de instrumentos preventivos e precaucionais, como condição para a garantia dos interesses das futuras gerações.<sup>403</sup>

Em vista de tais reflexões, é possível destacar, na atual situação ambiental, que a clássica teoria dos três elementos do Estado têm se tornado demasiado estreita. O que significa isso? Um Estado apto a substituir precisa, hoje, mais do que um povo, um poder e um território estatal. Ele necessita de um meio ambiente *no* e em torno do seu território que não ponha em risco a continuidade de sua existência.<sup>404</sup>

Como visto, o meio ambiente revela-se como complexo, na medida em que se verifica direitos e deveres como proclama a Constituição Federal de 1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e, por conseguinte, o dever de não degradar e o dever de proteger e de preservá-lo, sendo responsabilidade do Poder Público e da coletividade em face das presentes e futuras gerações.

O peso do meio ambiente exerce elevada importância no ordenamento jurídico contemporâneo, pois é necessário considerar, na lição de Teles da Silva<sup>405</sup> que não há

---

<sup>401</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro, *Op. Cit.*, p. 112-113.

<sup>402</sup> DE GIORGI, Direito, tempo e memória, *Op. Cit.*, p. 234. Como pontua o autor, os riscos da sociedade moderna e complexa “expande o potencial para as decisões, duplica a possibilidade de escolha, racionaliza a incerteza, no sentido de que permite ativar mecanismos de sua absorção”.

<sup>403</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro, *Op. Cit.*, p. 118; BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 118; LEITE; AYALA, *Op. Cit.*, p. 37-38.

<sup>404</sup> KLOEPFER, A caminho do Estado Ambiental? *Op. Cit.*, p. 40. (grifo nosso)

<sup>405</sup> Acrescentou-se o nome Teles da Silva com o intuito de não confundir o leitor, na medida em que já existem outros com a mesma designação “Silva”, ciente de que as normas de referência bibliográfica não prescrevem desta maneira.

possibilidade da concretização dos demais direitos fundamentais sem o direito ao meio ambiente, que se traduz em última análise como o próprio direito à vida, (...) as necessidades humanas fundamentais para a existência da própria vida em todos os seus aspectos. “O direito ao meio ambiente configura-se, portanto, como a matriz de todos os demais direitos fundamentais”.

A relevância e o peso que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exerce no ordenamento jurídico, que se traduz no fortalecimento do seu *status* material nas legislações infraconstitucionais, os infortúnios ambientais crescentes oriundos de uma sociedade de risco, e a ecologização do Direito demandam uma transformação emergencial do papel do Estado,<sup>406</sup> o que implica o surgimento de um novo modelo de Estado capaz de dar contas dos novos desafios postos pela complexidade da modernidade. Há, por conseguinte, devido à crise ambiental ora vivenciada pela modernidade, a necessidade de reformular não somente o papel desempenhado pelo Estado, mas, conseqüentemente, como pontua Leff,<sup>407</sup> “uma nova ética que orienta os valores e comportamentos sociais”, ou seja, o Estado e a sociedade, nessa nova concepção de mundo devem atuar conjuntamente para o próprio bem-estar socioambiental.

Por essa razão, não é de se admirar o fato de que a cada dia aumenta o número de adeptos de um novo modelo de Estado, que emerge a partir do redimensionamento do papel do Estado na sociedade, visando à proteção ao meio ambiente.<sup>408</sup>

É uma nova consciência ambiental da sociedade que, mesmo paulatinamente, vem ampliando um consenso ecológico necessário à proteção do meio ambiente que, intrinsecamente, liga-se à própria existência e bem-estar do homem. É ter a consciência, de que, a proteção ambiental, projeta-se intimamente, ou melhor, intrinsecamente ao direito humano e fundamental a uma sadia qualidade de vida e a garantia de um mínimo existencial ecológico ou socioambiental, razão da sua essencialidade à dignidade da pessoa humana.

O Estado Socioambiental de Direito pode ser compreendido, então, como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente.<sup>409</sup> No entanto, inicialmente, é necessária uma aclaração sobre o conceito de Estado Socioambiental de Direito, pois ele pode ser entendido de modo bastante diverso, seja no que se refere à sua abrangência, no que diz ao seu propósito.<sup>410</sup>

---

SILVA, Solange Teles. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. *Revista de Direito Ambiental*. a. 12, n.º. 48, out./dez., p. 225-245, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 230.

<sup>406</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 36.

<sup>407</sup> LEFF, Saber ambiental, *Op. Cit.*, p. 237.

<sup>408</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>409</sup> LEITE; AYALA, Estado de Direito Ambiental e sensibilidade ecológica, *Op. Cit.*, 226.

<sup>410</sup> KLOEPFER, A caminho do Estado Ambiental? *Op. Cit.*, p. 43. O autor utiliza “Estado Ambiental” para a compreensão do novo modelo estatal. Aqui, no entanto, utilizar-se-á “Estado Socioambiental de Direito” que significa

Pode-se conceituar o Estado Socioambiental de Direito a partir de uma construção de cunho teórico-abstrato que abarca elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental favorável capaz de favorecer a harmonia dos ecossistemas, e conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano.<sup>411</sup> Como defende Leite,<sup>412</sup> é preciso que fique claro que tanto o Estado quanto à sociedade devem tomar consciência global da crise ambiental, o que exige uma cidadania participativa, uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental. Segundo o autor, a construção de um novo modelo de Estado, deve passar, necessariamente, pelas disposições constitucionais, pois são elas que exprimem os valores e os postulados básicos da comunidade nas sociedades complexas.<sup>413</sup>

A partir dessa óptica, o reconhecimento de um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, tal como tem sido designado com frequência, ajusta-se, consoante já enfatizado, à crise ambiental vivenciada pela modernidade, aos novos enfrentamentos históricos de natureza existencial postos pela crise ecológica e, também, como refere alguns autores, uma crise da própria civilização, aumentando significativamente os níveis de complexidade.<sup>414</sup> Nesse diapasão, portanto, a crise ambiental vivenciada pela modernidade traz consigo uma nova dimensão de direitos fundamentais, a qual impõe ao Estado de Direito o desafio de inserir entre as suas tarefas prioritárias a proteção do meio ambiente.<sup>415</sup>

Ao discorrer sobre o tema, Canotilho<sup>416</sup> aponta para alguns pressupostos essenciais de aproximação jurídico-constitucional ao Estado Socioambiental de Direito, ou como o autor português denomina de “Estado Constitucional Ecológico”. Segundo o autor, o processo de edificação do Estado Socioambiental de Direito pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do ambiente; a institucionalização dos deveres fundamentais ecológicos; o agir integrativo da administração e, ainda, um “Estado Constitucional Ecológico não pode prescindir de um sistema de responsabilidade por danos ao ambiente suficientemente operatório”.<sup>417</sup> Assim, no entendimento do autor, esses elementos constituem uma aproximação jurídico-constitucional ao Estado Socioambiental de Direito.

---

o mesmo projeto jurídico-político na contemporaneidade, ou seja, a convergência entre “social e ambiental” para o alcance do desenvolvimento humano.

<sup>411</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 180; LEITE; AYALA, Estado de Direito Ambiental e sensibilidade ecológica, *Op. Cit.*, p. 226.

<sup>412</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 181.

<sup>413</sup> *Idem*, p. 180-181.

<sup>414</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, Direito constitucional ambiental, *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>415</sup> LEITE; AYALA, Estado de Direito Ambiental e sensibilidade ecológica, *Op. Cit.*, p. 226.

<sup>416</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 36-40.

<sup>417</sup> *Idem*, p. 42.

Diante dos novos riscos e violações existenciais a que abarca a sociedade hoje, faz-se mister que a comunidade estatal, com sua base democrática, tome consciência global da crise ambiental, observando a necessidade de uma democracia ambiental participativa e solidária para a edificação do Estado Socioambiental de Direito, como referem Sarlet e Fensterseifer.<sup>418</sup> Tal como já referido por Canotilho, os autores mencionam o princípio da solidariedade – uma solidariedade capaz de ultrapassar as fronteiras das relações intersubjetivas e sociais da comunidade estatal; o projeto da modernidade exige muito mais do princípio da solidariedade, “de uma obrigação ou dever unicamente moral,” exige a solidariedade entre as gerações, fazendo-se compreender isso no plano jurídico-constitucional e ambiental.

Como menciona Sen<sup>419</sup>, “vivemos em um mundo de opulência sem precedentes, (...) vivemos igualmente em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias”. Segundo o autor, “existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas (...) e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social”.

Percebe-se, portanto, que a cada dia emerge o número de adeptos ao modelo de Estado Socioambiental de Direito; a complexidade da sociedade exige uma postura responsável e solidária entre Estado e sociedade. O dever fundamental de proteção ambiental depende da ação conjunta entre ambos, como condição da própria existência humana e não-humana. Extrai-se, ainda, que a problemática ambiental merece um tratamento especial, ou seja, a noção de um direito integrado e global entre as várias áreas do conhecimento; há a necessidade de se trazer para o plano jurídico-constitucional novas pautas de discussões que apontem para uma nova consciência ambiental e também socioambiental.

### **3 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY E A SUA PROPOSTA DE COMPREENSÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE**

Alexy<sup>420</sup> explica que uma adequada teoria integrativa passa por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Segundo o autor alemão, uma teoria estrutural é, primeiramente, uma teoria analítica, mas não totalmente analítica, uma vez que investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais. O autor assevera que “uma teoria estrutural não tem como tarefa apenas

---

<sup>418</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, *Direito Constitucional Ambiental*, *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>419</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 09.

<sup>420</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, *Op. Cit.*, p. 42-43.

constituir a primeira peça de uma teoria integrativa dos direitos fundamentais, mas também a base e a estrutura para o que vem depois”.<sup>421</sup>

A estrutura das normas de direitos fundamentais apresentada por Alexy constitui a base para a distinção entre regras e princípios. Alexy<sup>422</sup> explica que essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Para o autor essa distinção influencia não somente os casos de colisões entre os direitos fundamentais, mas também permite fundamentar racionalmente os juízos de dever ser na dogmática dos direitos fundamentais.<sup>423</sup>

Nas próximas linhas será analisada a estrutura dos direitos fundamentais apresentada por Alexy, a distinção das normas em regras e princípios, o conceito de valor e como essa distinção teórico-estrutural influencia na fundamentação sobre colisões e no papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

### 3.1 A TEORIA ESTRUTURAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY: REGRAS, PRINCÍPIOS E VALORES

A teoria estrutural dos direitos fundamentais apresenta-se como uma teoria dogmática, pressupondo um determinado modelo de ciência jurídica *stricto sensu*, que é chamado de modelo tridimensional, pelo fato de possuir as três dimensões: a analítica, a normativa e a empírica.<sup>424</sup> Essa teoria é primariamente uma teoria analítica, mas não totalmente analítica, porque investiga os conceitos fundamentais no âmbito dos direitos fundamentais, suas influências no sistema jurídico e a sua fundamentação.<sup>425</sup>

Alexy<sup>426</sup> esclarece que uma teoria estrutural integrativa dos direitos fundamentais constitui a base e a estrutura para o que vem depois; nesse sentido, Alexy leciona que a clareza analítico-conceitual é uma condição elementar da racionalidade destes direitos e que visa, em última análise, juízos concretos de dever-ser, além de se exigir, na maior medida possível, o controle intersubjetivo no campo dos direitos fundamentais.

A teoria dos princípios é a base da teoria estrutural, como uma parte geral da dogmática dos direitos fundamentais. Alexy pretende reabilitar a tão depreciada teoria valorativa ou axiológica dos direitos fundamentais, tendo como base a teoria dos princípios e a teoria das

---

<sup>421</sup> Idem, p. 43.

<sup>422</sup> Idem, p. 85.

<sup>423</sup> Idem, p. 43 e 85.

<sup>424</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>425</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 43.

<sup>426</sup> Idem, *ibidem*, p. 43.

posições elementares, demonstrando que é possível uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais.<sup>427</sup> Para tanto, Alexy<sup>428</sup> segue, referindo que é a partir da teoria dos princípios que busca respostas corretas à resolução dos problemas da dimensão da dogmática dos direitos fundamentais, é possível, no sistema jurídico, argumentar razoavelmente à decisão no âmbito dos direitos fundamentais.

Segundo Steinmetz,<sup>429</sup> a teoria estrutural de Alexy tem como objeto a Lei Fundamental, contudo a teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas básicas, conferem à teoria estrutural um caráter de universalidade, ou seja, uma teoria adequada para solucionar os casos de colisões de direitos fundamentais.

Uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria de direito positivo de uma determinada ordem dogmática jurídico-positiva. Com ela, é possível formular três dimensões de uma teoria dos direitos fundamentais. Alexy<sup>430</sup> divide a Dogmática Jurídica em três dimensões: a primeira, a dimensão *analítica*, refere-se à análise sistemático-conceitual do direito vigente, ou seja, analisa os conceitos elementares do conceito de norma, direitos subjetivos até passar por construções jurídicas como a relação entre o suporte fático ao exame da estrutura do sistema jurídico como a chamada irradiação dos direitos fundamentais e da sua fundamentação como, por exemplo, a ponderação de bens ou princípios.

A segunda dimensão, a *empírica* ensina que a dogmática jurídica pode ser compreendida sob um duplo ponto de vista: o primeiro diz respeito ao direito positivamente válido; o segundo ponto refere-se à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica.<sup>431</sup> Nesse sentido, Alexy<sup>432</sup> assevera que: “A caracterização da segunda dimensão como “empírica” não significa que a cognição do direito positivo válido se esgote com a cognição de fatos observáveis ou que a estes possa ser reduzida”; conforme explica o autor, é comum formular enunciados sobre direito válido à luz dos fatos observáveis, contudo, não se pode concluir pela existência de direito válido apenas a partir de observações na dimensão empírica e sim, seu ponto de partida para um sentido empírico estrito, englobando, portanto, direito positivo válido e os fatos observáveis da Jurisprudência.

A terceira dimensão, a *normativa*, diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica. Para essa dimensão o que interessa é determinar qual a decisão correta em um caso concreto, o

<sup>427</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>428</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>429</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>430</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 33-34.

<sup>431</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>432</sup> *Idem*, p. 34-35.

que implicará valorações de quem a responde. Alexy<sup>433</sup> refere que o grande problema na dogmática jurídica é dar uma resposta racionalmente fundamentada sem se confrontar com o problema de uma fundamentação que inclua juízos de valor nas decisões judiciais. Nesse sentido, Alexy<sup>434</sup> leciona sobre o problema da fundamentação dos juízos de valor:

O problema dos valores surge sobretudo quando da interpretação do material normativo empiricamente constatável e do preenchimento de suas lacunas. Nesse sentido, é possível falar em um “*problema de complementação*”. E, na medida em que para a identificação do material normativo são necessárias valorações, a esse problema soma-se o *problema da fundamentação*.

Inicialmente, deve-se compreender que princípios e regras conferem normatividade jurídica à dogmática dos direitos fundamentais, sendo possível visualizar diferenciações quanto à sua estrutura jurídica. Embora essa distinção não seja nenhuma novidade, é necessária como condição para tratar da colisão entre os direitos fundamentais, especialmente a que envolve o direito fundamental ao meio ambiente.

A diferenciação entre regras e princípios é de fundamental importância, pois constitui a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.<sup>435</sup> Essa diferenciação foi inicialmente inaugurada por Dworkin<sup>436</sup> por meio de uma teoria que explique coerentemente a prática jurídica atual. O autor sustenta uma argumentação que contrapõe o modelo positivista do Direito, realizando severas críticas ao modo usual como os juízes aplicam o Direito.

O autor norte-americano propõe uma distinção de natureza lógica entre princípios e regras jurídicas. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Conforme o autor explica:<sup>437</sup>

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou a importância. Quando os princípios se cruzam, (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

<sup>433</sup> Idem, ibidem, p. 36.

<sup>434</sup> Idem, ibidem, p. 36.

<sup>435</sup> Idem, ibidem, p. 85.

<sup>436</sup> DWORIN, Levando os direitos a sério, *Op. Cit.*, p. 35-36.

<sup>437</sup> DWORIN, Levando os direitos a sério, *Op. Cit.*, p. 39-42

Dworkin<sup>438</sup> não reconhece só a vagueza das leis e regras do direito costumeiro, como também a subjetividade da interpretação do processo decisório diante das questões enfrentadas pelos juristas. Dworkin<sup>439</sup> toma como ponto de partida para o desenvolvimento de suas proposições, de concepção de princípios, a crítica realizada por Hart a respeito da abertura do direito e obrigações jurídicos, particularmente nos casos difíceis em que as situações não reguladas pelas regras ficariam no âmbito discricionário do juiz.

Retomando o âmbito da discricionariedade, a tese segundo a qual os princípios servem para cobrir o espaço do problema da discricionariedade, que, sob o ponto de vista “positivista” de regras, o juiz disporia para decidir, constitui uma ilusão principiológica afirma Neves<sup>440</sup> em análise a Dworkin. Essa tese, que se encontra intimamente associada àquela de uma única decisão correta ou do melhor julgamento, fundamenta-se no argumento de que, ao admitir-se a discricionariedade, impõe-se reconhecer a inexistência de direitos e obrigações antes da decisão judicial.<sup>441</sup> A questão, pensada nos termos de Dworkin, encobre o problema da complexidade e contingência (...), uma vez que o problema não reside na discricionariedade, mas sim na forma seletiva de estruturação da complexidade.<sup>442</sup>

Como forma de aprofundar o pensamento de Dworkin, Alexy propõe uma reformulação na sua teoria. A Teoria dos princípios. Conforme o autor alemão<sup>443</sup> a distinção entre regras e princípios, no âmbito dos direitos fundamentais, é a chave para a solução de problemas que se referem à dogmática dos direitos fundamentais. Essa distinção constitui a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>444</sup> Assim, tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero normas, porque ambos dizem o que deve ser. Alexy<sup>445</sup> refere que ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Alexy<sup>446</sup> esclarece que os princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.

---

<sup>438</sup> Idem, p. 128.

<sup>439</sup> Idem, p. 35

<sup>440</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 56.

<sup>441</sup> Idem, p. 57.

<sup>442</sup> Idem, p. 57.

<sup>443</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>444</sup> Idem, *ibidem*, p. 85.

<sup>445</sup> Idem, *ibidem*, p. 87.

<sup>446</sup> Idem, *ibidem*, p. 87.



Assim, para o autor, a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>447</sup>

Diversos critérios têm sido aplicados para se distinguir regras de princípios. Conforme o autor alemão,<sup>448</sup> o critério da generalidade é o mais frequentemente utilizado. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto e regras são normas com um grau de generalidade baixo.<sup>449</sup> Exemplo da primeira: a norma que garante a liberdade de crença; exemplo da segunda: a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença.<sup>450</sup> Com base no grau de generalidade, o primeiro exemplo pode ser classificado como princípio; o segundo, como regra.<sup>451</sup> Alexy<sup>452</sup> menciona outros critérios para a distinção entre regras e princípios, totalmente diferentes do anteriormente mencionado; a exemplo, pode-se discutir o critério da determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, a diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas”, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica.

Os critérios mencionados permitem a combinação da maneira que se desejar, quase à vontade; em razão das diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, a formulação desses critérios, sobretudo, no grau da generalidade, deixa a desejar explica Alexy.<sup>453</sup> Para o autor, a forma de aplicação das regras e princípios vai além do critério da generalidade; deve haver também uma diferenciação qualitativa. Essa tese é correta, segundo Alexy.

Barroso<sup>454</sup> explica que o critério qualitativo ou estrutural entre regra e princípio, tornou-se um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista: “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”. O autor refere que nessa matéria houve uma especial mudança de paradigma, especialmente com as concepções de Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Alexy.<sup>455</sup>

---

<sup>447</sup> Idem, ibidem, p. 87.

<sup>448</sup> Idem, ibidem, p. 87.

<sup>449</sup> Idem, ibidem, p. 87.

<sup>450</sup> Idem, ibidem, p. 87.

<sup>451</sup> Idem, ibidem, p. 88.

<sup>452</sup> Idem, ibidem, p. 88.

<sup>453</sup> Idem, ibidem, p. 90.

<sup>454</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rer., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 351.

<sup>455</sup> Idem, ibidem, p. 351.

Alexy<sup>456</sup> reconhece a multiplicidade de critérios utilizados para a distinção de regras e princípios; embora aceite a tese (gradual + qualitativa como correta), mas não de forma precisa, propõe um critério, que segundo ele, permite distinguir com maior clareza a natureza dos princípios e das regras no ordenamento jurídico. Assim, após essa apresentação, Alexy propõe um modelo que caracteriza-o como “mandamentos de otimização” para os princípios e “razões definitivas” para as regras.

Assim, segundo Alexy,<sup>457</sup> o ponto decisivo entre regras e princípios é que, diferentemente destes, as regras são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então é ordenado que se faça exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito do possível fática e juridicamente possível.<sup>458</sup> Dessa forma, a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau.<sup>459</sup>

A questão que se põe, conforme Heck<sup>460</sup> em análise à Alexy, é, antes de tudo, a existência de graus diferentes que devem ser especialmente observados relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas, tratando-se de princípios, e, se é exigida somente uma determinada medida de cuidado, trata-se de uma regra.

Alexy propõe uma distinção entre regras e princípios com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.<sup>461</sup> Vale dizer que os princípios entram no campo do peso e as regras no campo da validade. Assim, segundo Alexy,<sup>462</sup> o conflito entre regras somente poderá ser resolvido no momento em que se introduzir uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou que uma das regras for declarada inválida.

As regras compõem essencialmente a parte dura do ordenamento jurídico; elas estão expressas, possuindo um rol taxativo, ou seja, um mandamento definitivo para a solução do caso. Segundo Alexy,<sup>463</sup> somente perderá esse caráter definitivo quando a solução não for possível, pois encontram-se em conflito. A solução é declarar uma das regras inválidas, extirpando-a do ordenamento jurídico ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção. “O conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é”.<sup>464</sup>

---

<sup>456</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 90.

<sup>457</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>458</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 91.

<sup>459</sup> *Idem*, p. 91.

<sup>460</sup> HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (coord). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2008, p. 99.

<sup>461</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 91.

<sup>462</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>463</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>464</sup> *Idem*, p. 92.

Nesse ponto, conforme Alexy,<sup>465</sup> não há a possibilidade de que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Diante disso, quando for constatada a possibilidade de aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não puder ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então uma das regras deverá ser declarada inválida.

O dever que as regras estabelecem nada mais é que a busca pela segurança jurídica, pois quando determinam algo, proíbem ou permitem exatamente aquilo que ela solicita, nem mais, nem menos no ordenamento jurídico é justamente o cumprimento das razões ou fundamentos definitivos por meio de raciocínio jurídico dedutivo e subsuntivo.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*,<sup>466</sup> que são caracterizados por poderem ser cumpridos em graus variados e pelo fato de que a medida ordenada de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>467</sup>

Sem embargo disso, segundo Alexy,<sup>468</sup> deve ser distinguido entre *mandamentos a serem otimizados* e *mandamentos de otimização*. Mandamentos a serem otimizados contêm um dever ideal, um dever *prima-facie*. Como mandamentos ideais, exigem mais do que é possível realmente. Conforme explica Alexy,<sup>469</sup> os princípios são mandamentos a serem otimizados, muito embora podem expressar-se de forma inexata, pelo fato de serem designados como “mandamentos de otimização”. A inexatidão, segundo Alexy,<sup>470</sup> resulta da mistura de dois planos que devem ser considerados: o plano do objeto e do metaplano, assim: “No plano do objeto, encontram-se os princípios com mandamentos ideais e, por conseguinte, a serem otimizados. Como tais eles são, diferentes que regras, que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas, cumpríveis em graus diferentes”. Nesse plano, os princípios são objetos de ponderação, assinala Alexy.

No metaplano, pelo contrário, é que se encontram os mandamentos de otimização; é aqui que se estabelece o que deve ser feito com aquilo que se encontra no plano do objeto. Conforme Alexy,<sup>471</sup> “mandamentos de otimização exigem que seus objetos, os mandamentos a serem

---

<sup>465</sup> Idem, p. 92.

<sup>466</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, Em itálico no original.

<sup>467</sup> Idem, p. 90.

<sup>468</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>469</sup> Idem, p. 37.

<sup>470</sup> Idem, ibidem, p. 37.

<sup>471</sup> Idem, ibidem, p. 37.

otimizados, sejam realizados tão amplamente quanto possível. Eles mesmos, porém, não devem, outra vez, ser otimizados, mas sempre ou cumpridos ou não-cumpridos”. Os mandamentos de otimização têm a estrutura de regras, que devem ser cumpridas ou não cumpridas.<sup>472</sup>

Até agora, Alexy<sup>473</sup> tratou do caráter duplo das normas jurídicas como um modelo de regras e princípios, duas espécies de normas que fundamentam as disposições de direitos fundamentais. Significa que uma norma de direito fundamental pode configurar um princípio ou uma regra na medida de sua construção.

As normas de direitos fundamentais não são somente aquelas expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também aquelas que podem ser formuladas a partir da abertura do sistema jurídico.<sup>474</sup> As disposições de direitos fundamentais possuem conceitos abertos, indeterminados semanticamente, fornecendo conteúdo valorativo, ambíguo com uma pluralidade de significados. Conforme Bernal Pulido:<sup>475</sup>

la indeterminación normativa se presenta cada vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos y, por consiguiente, impede al intérprete conocer *a priori* – o sea, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto jurídico – si una o varias normas pueden ser consideradas como normas estatuidas por la disposición. Dicho en sentido contrario, una disposición jurídica está determinada o está exenta de indeterminación, cuando hace explícito plenamente el conjunto de sus significados normativos y, como consecuencia, hace posible *a priori*, caules son las normas que estatuye.

Com esse trecho, o autor observa que por mais específica que seja uma disposição de direito fundamental, não permite conhecer *a priori* uma ou várias normas de direitos fundamentais estabelecidas direta ou indiretamente.

Segundo a lição de Alexy,<sup>476</sup> no âmbito da abertura do Direito positivo, a participação de princípios no sistema jurídico possibilita a compreensão de questões de justiça. Alexy considera necessária essa abertura diante da moral, uma vez que os direitos fundamentais guardam estreita relação com os direitos do homem.

Assim, é fácil reconhecer que princípios e valores estão intimamente relacionados em duplo sentido: de um lado, é possível que ocorra uma colisão entre princípios e um sopesamento

<sup>472</sup> Idem, ibidem, p. 37.

<sup>473</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 141.

<sup>474</sup> Idem, p. 72

<sup>475</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: El principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 103-104.

<sup>476</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 36 e 48.

desses, quanto uma colisão de valores e um sopesamento destes; de outro lado, o cumprimento gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores.<sup>477</sup>

Para distinguir os princípios dos valores, Alexy<sup>478</sup> recorre aos conceitos propostos por Von Wright, que divide os conceitos em três grupos: *os deontológicos, axiológicos e os antropológicos*. Podemos citar como exemplos de conceitos deontológicos: proibição, dever, permissões e direito a algo. Esses conceitos podem ser caracterizados pelo fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, ou seja, um conceito de dever ou dever ser. Já os conceitos axiológicos não há um dever ou dever ser, mas o critério de que algo pode ser classificado com bom. Exemplo: conceito de bonito, corajoso, seguro, democrático. Os conceitos antropológicos são de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.

Canaris<sup>479</sup> leciona que os conceitos jurídicos entre a adequação valorativa e a unidade interior do Direito são muito impróprios. Conforme explica, as valorações possuem conceitos fechados, enquanto os princípios são abertos; (...) os princípios encontram-se num grau de concretização maior do que os valores, pois, ao contrário destes, eles já contêm características como a previsão e a consequência jurídica.

Ainda, no que se refere à distinção entre os princípios e os valores, Alexy<sup>480</sup> argumenta que os primeiros dizem respeito a mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização; quanto ao segundo, por sua vez, fazem parte do plano axiológico. A diferença entre princípios e valores é reduzida a um ponto:

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

Alexy<sup>481</sup> ensina que, no Direito, o que importa é o dever ser, o que é devido. Segundo ele, isso milita a favor dos princípios. O modelo de princípios agrega o caráter deontológico, suscitando menos interpretações equivocadas que o conceito de valor.

Ao tratar dos princípios e valores, Lima<sup>482</sup> ensina que “o valor é fundante do grau deontológico da normatividade. Logo, é a alma da norma. Se a regra é o corpo, o princípio é a vida

---

<sup>477</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>478</sup> *Idem*, p. 145-146.

<sup>479</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 83 e 86.

<sup>480</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 146 e 153.

<sup>481</sup> *Idem*, p. 153.

e o valor da alma”. O autor salienta que os princípios marcam os pontos de partida, enquanto os valores fixam a meta de chegada. Assim:

O mandado de otimização que os princípios encerram no sistema jurídico alimenta-se na superior axiosfera, não apenas social, mas sobretudo humana, pois além de conservar as boas tradições, pedagogicamente eleva a atual qualidade social. Dos valores inferem-se princípios, e estes prescrevem valores; estes, imantados naqueles, positivam-se. Os princípios são o conduto por meio dos quais o valor ingressa na positividade. As regras prescrevem condutas concretas; os princípios prescrevem condutas de abstratividade ampla e os valores garantem a qualidade humana do conteúdo de ambos.

Quando se trata de direitos fundamentais como princípios, o fundamento teórico-normativo é que algo seja otimizado em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas entram no jogo da ponderação, sendo essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário; disso, resulta o grau de realização dos direitos fundamentais.<sup>483</sup> Os princípios e, assim, os direitos fundamentais necessitam de ponderação, pois esta contém o fundamento de sua aplicação.

Alexy<sup>484</sup> refere que é daí que resulta a relação recíproca de princípios, como mandamentos ideais que colidem com outros princípios, sendo objetos de ponderações com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Assim, o caráter de princípio, como normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente as possibilidades fáticas ou jurídicas, implica o princípio da proporcionalidade. “Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico”.

A maioria das constituições contém um catálogo de direitos fundamentais. Segundo Alexy,<sup>485</sup> não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais. No próximo tópico serão apresentadas as colisões de direitos fundamentais e de que forma repercute quando um direito fundamental ao meio ambiente colide com outros direitos fundamentais.

<sup>482</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 95, 102 e 103.

<sup>483</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>484</sup> *Idem*, p. 37 e 64.

<sup>485</sup> *Idem*, p. 57.

### 3.2 O FENÔMENO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO RESTRITO E AMPLO

Como já mencionado anteriormente, basta haver um catálogo de direitos fundamentais para que existam colisões. Segundo Alexy<sup>486</sup> “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisões de direitos fundamentais”. A primeira tarefa consiste na interpretação desses catálogos, conforme ensina Alexy. Nisso, segundo ele, valem as regras usuais da interpretação jurídica. Essas, na interpretação dos direitos fundamentais, contudo, batem rapidamente em limites. Um fundamento essencial para isso assenta-se na colisão de direitos fundamentais.<sup>487</sup>

É possível que ocorram colisões não somente entre dois princípios, mas também vários outros; no jogo da colisão, é possível que tenha somente um único titular do direito fundamental, mas podem ser muitos os titulares de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, podendo entrar no jogo da colisão bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, refere Gavião Filho<sup>488</sup> em análise a Alexy.

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser formulado de modo restrito ou amplo. No primeiro caso, somente direitos fundamentais colidem, sendo exclusivamente colisões, nas quais apenas os direitos fundamentais tomam parte; nesse caso não é levado em conta a posição dos sujeitos titulares de direitos fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*.<sup>489</sup> Nesse caso, não entra no jogo da colisão a integridade de bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, como é o caso do meio ambiente, uma vez que sua formulação é em sentido amplo, colidindo com normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos.<sup>490</sup>

Conforme pontua Gavião Filho<sup>491</sup> em análise a Alexy, a configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas implica a intervenção em alguma dimensão dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos ou a proteção da integridade de um bem jurídico coletivo (como é o caso do meio ambiente) constitucionalmente protegido implica a intervenção em alguma posição fundamental jurídica definitiva ou *prima facie*.

As colisões de direitos fundamentais em sentido restrito nascem quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões

---

<sup>486</sup> Idem, p. 57.

<sup>487</sup> Idem, p. 56.

<sup>488</sup> GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

<sup>489</sup> Idem, p. 41; ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>490</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 57; ALEXY, Direito, razão, discurso, *Op. Cit.*, p. 181.

<sup>491</sup> GAVIÃO FILHO, Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação, *Op. Cit.*, p. 41.

negativas (direitos de defesa) sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nesse caso, os direitos fundamentais colidentes podem ser idênticos ou distintos.<sup>492</sup>

Um primeiro caso de direito fundamental idêntico ocorre quando em ambos os lados, afeta-se o mesmo direito fundamental como um direito de defesa. Exemplo disso acontece quando dois grupos políticos hostis, por um motivo, querem ocupar, ao mesmo tempo, espaço público no centro de uma cidade o que existe o perigo de choques.<sup>493</sup> Nesse caso, de um lado tem-se à livre manifestação de um grupo de pessoas e, de outro lado, o direito à livre manifestação de outro grupo de pessoas. Os dois grupos de pessoas detêm posições fundamentais jurídicas *prima facie* à livre manifestação do pensamento a partir da disposição de direito fundamental do artigo 5º, IV, da Constituição Federal.<sup>494</sup>

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão<sup>495</sup>, um exemplo que retrata um caso de colisão entre posições fundamentais jurídicas *prima facie* é a decisão *Blinkfüer*. Nesse caso o editor e chefe de redação do pequeno semanário *Blinkfüer*, ajuizou uma ação requerendo a condenação dos réus ao pagamento de indenização por perdas e danos, causados por uma convocação feita pelos réus ao boicote, dentre outros, do pequeno jornal. A motivação ao boicote, feita por circular enviada às bancas de jornal e parceiros comerciais das grandes editoras, foi forçar os demais órgãos de imprensa a não publicarem em seus produtos a programação da TV e Rádio da Alemanha oriental, pois tais órgãos da mídia oriental estariam, no seu entendimento, a serviço da “propaganda injuriosa” do governo da República Democrática Alemã.

O Tribunal Federal (BGH), órgão jurisdicional ordinário de última instância, reconheceu na conclamação ao boicote um legítimo exercício da liberdade de imprensa. O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, realizando uma interessante ponderação entre os exercícios das liberdades de imprensa em colisão. No julgamento do recurso contra a decisão judicial, o TCF referiu que a convocação ao boicote por empresa da imprensa escrita por motivos políticos, não é protegida pelo direito fundamental da liberdade de expressão, violando o direito fundamental da liberdade de imprensa.<sup>496</sup>

O Tribunal Constitucional Federal acolheu o recurso, admitindo-o constitucionalmente:<sup>497</sup>

---

<sup>492</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>493</sup> *Idem*, p. 57.

<sup>494</sup> GAVIÃO FILHO, Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação, *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>495</sup> SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Geraldes Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 400-401; *Idem*, *ibidem*, p. 42.

<sup>496</sup> *Idem*, p. 401.

<sup>497</sup> *Idem*, p. 405-406.



Não obstante, os meios dos quais se serve aquele que expressou a convocação ao boicote para a imposição do mesmo têm que ser admitidos constitucionalmente. Uma convocação ao boicote não poderá ser, então, protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão quando ela não se basear somente em argumentos intelectuais, ou seja, não se limitar à força do convencimento a ser alcançado pela via de apresentações, explicações e ponderações, mas, além destes, valer-se daqueles meios que tiram dos destinatários a possibilidade de se tomar uma decisão em consonância com sua completa liberdade interior e livre de qualquer pressão econômica.

Assim, como os réus detinham o poder econômico e de domínio no mercado de jornais e revistas, o não atendimento à sua convocação, acarretaria possível interrupção de entrega dirigida aos “furadores do boicote” e, conseqüentemente, inviabilizaria economicamente a atividade dos distribuidores.<sup>498</sup>

O exercício da pressão econômica, que traz consigo graves desvantagens ao atingido, tendo como objetivo impedir a divulgação de opiniões e notícias garantidas constitucionalmente, viola a igualdade de chances no processo de formação da opinião; também contraria o sentido e a substância do direito fundamental à livre expressão da opinião que tem a função de garantir a luta intelectual das opiniões.<sup>499</sup> Segundo o Tribunal Constitucional Federal Alemão, o boicote ao semanário “*Blinkfuer*” violou essa liberdade garantida constitucionalmente, uma vez que ele tinha como objetivo impedir novas publicações da programação da rede de rádio e televisão alemãs, privando o público de informações. O comportamento dos réus, dirigia-se principalmente contra a liberdade de noticiar, coibindo a livre circulação de informações pela aplicação de meios principalmente econômicos.<sup>500</sup>

Nessa decisão foi verificada a ponderação dos direitos fundamentais de liberdade de imprensa do semanário *Blinkfuer* e as editoras Axel Springer e Die Welt.

Outro exemplo de colisão de direitos fundamentais idênticos, segundo Alexy<sup>501</sup> se dá quando em uma ação policial está envolvido o direito à vida, de um lado, do tomador do refém, e, de outro, do próprio refém. Nesse caso, é possível verificar que as duas pessoas detêm direitos *prima facie* à vida. Sob outro aspecto, segundo Alexy, como terceiro elemento da colisão, verifica-se um “dever de proteção perante a totalidade dos cidadãos” em jogo, que pede do Estado não fazer nada que possa atentar contra o bem coletivo à segurança pública.<sup>502</sup>

O terceiro tipo de colisão de direitos fundamentais resulta do caráter negativo de um direito fundamental e um positivo desse mesmo direito. Segundo Alexy, isso é especialmente claro

<sup>498</sup> Idem, p. 407.

<sup>499</sup> Idem, ibidem, p. 406.

<sup>500</sup> Idem, ibidem, p. 409.

<sup>501</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>502</sup> Idem, p. 58.

na liberdade de crença, que tanto pressupõe o direito de ter e praticar uma crença, como o direito de não ter uma crença e de ficar livre da prática de uma crença.<sup>503</sup>

Um quarto aspecto de colisões dos mesmos direitos fundamentais de titulares de um direito fundamental resulta quando se acrescenta ao lado jurídico de um direito fundamental, um fático. Segundo Alexy, um exemplo claro diz respeito ao princípio da igualdade.<sup>504</sup> Assim, traz a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre o auxílio de custas processuais:

Se se parte da igualdade jurídica, então pobres e ricos são tratados igualmente quando nenhum deles recebe apoio estatal para o financiamento de custas judiciais e custas de advogado. Sob o ponto de vista da igualdade fática, porém, isso é um tratamento desigual, porque do pobre, com isso, as oportunidades de impor seu direito são tomadas ou estreitadas. Se se fomenta, porém, o pobre, então se trata o rico juridicamente de outra forma como o pobre, portanto, desigualmente, porque: “Fomentar grupos particulares significa já tratar outros desigualmente.”

Segundo Alexy<sup>505</sup> o princípio da igualdade, tanto a igualdade jurídica como a fática, irrecusavelmente existe um paradoxo entre elas. Como leciona, o paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta de forma mais acentuada, quanto mais é realizado em estado social; dessa forma, não é por acaso que o Tribunal constitucional federal alemão observa a ideia da igualdade fática com o princípio do estado social.

Quanto à colisão de direitos fundamentais distintos, podemos citar como exemplo quando o titular de direito fundamental afetado negativamente pela liberdade de manifestação de opinião ocupa uma posição de outro titular de direito fundamental.<sup>506</sup> Nesse caso, encontram-se a colisão entre o direito fundamental de liberdade de manifestação de opinião da imprensa e de outro, a posição do particular que diz respeito a sua honra, a intimidade, a vida privada (art. 5º, X da C.F/88).

Na colisão ente a liberdade de informação da imprensa, de um lado, e os direitos fundamentais à personalidade, relacionada à intimidade, à honra, à imagem e à vida privada, de outro, o Supremo Tribunal Federal vem discutindo as posições dos eventuais envolvidos.<sup>507</sup> Na decisão, sobre a Lei de Imprensa nº 5.250/67, o Supremo Tribunal Federal, entendeu, por maioria, que a Lei, como um todo é incompatível com a Constituição de 1988.<sup>508</sup>

<sup>503</sup> Idem, p. 58.

<sup>504</sup> Idem, p. 58.

<sup>505</sup> Idem, p. 59.

<sup>506</sup> Idem, p. 59.

<sup>507</sup> KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.) *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 419

<sup>508</sup> ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. em 30/04/09, DJe-208 de 06-11-09.

O Ministro Carlos Britto, relator, votou no sentido de reconhecer a não recepção da Lei de Imprensa, por considerar que a Constituição Federal de 1988 veda a edição de lei para a disciplina de matérias essencialmente de imprensa. Também, o Ministro Menezes Direito votou pela não recepção da Lei de Imprensa. Buscou enfatizar, em sua manifestação, que a liberdade de expressão, embora integre o espaço da democracia pode ferir o espaço da dignidade da pessoa humana. Assim, para o Ministro há um paradoxo na liberdade de imprensa, pois quanto mais forte a imprensa se torna, mais frágil ela se torna. Nesse contexto, admite a intermediação do legislador para editar lei de imprensa que tenha o propósito de conciliar a tensão entre liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.<sup>509</sup> Nesse julgamento, o STF ao afastar a lei de imprensa, como um todo do ordenamento jurídico, sinalizou para a ponderação, que eventualmente poderá ser realizada pelos tribunais inferiores em matéria de liberdade de expressão e de imprensa.<sup>510</sup>

Analisando o caso, podemos depreender que o Supremo Tribunal Federal define critérios que irão justificar o exame da ponderação de bens e interesses em colisão, fixando-se a noção sobre a importância de se observar a concorrência entre direitos fundamentais em matéria de liberdade de expressão e de imprensa com os direitos de personalidade.

Até agora, tratou-se de colisão de direitos fundamentais em sentido restrito. Na colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, portanto, as colisões de direitos fundamentais com bens coletivos, é o caso em que um direito fundamental colide com a integridade do meio ambiente, a segurança interna e outros bens coletivos constitucionalmente protegidos.<sup>511</sup> Conforme Alexy, o conceito de bem coletivo repousa em três aspectos: a estrutura distributiva de bens coletivos, seu status normativo e a sua fundamentação.<sup>512</sup>

No primeiro caso, segundo Alexy, para delimitar direitos individuais de bens coletivos é necessário um conceito de bem coletivo que forma um equivalente útil para com o de direito individual. Conforme explica, um tal conceito de bem coletivo deixa formar-se com auxílio do conceito da não distributividade: “um bem é um bem coletivo de uma classe de indivíduos, se conceitual, fática ou juridicamente é impossível decompor esse bem em partes e associá-las aos indivíduos como partes”. Se isso é o caso, segundo Alexy, então o bem tem um caráter não distributivo.<sup>513</sup>

O status normativo de bens coletivos encontra três formulações conceituais: conforme Alexy, uma antropológica, uma axiológica e uma deontológica. A variante antropológica existe

---

<sup>509</sup> Idem, p. 419-420.

<sup>510</sup> Idem, p. 424.

<sup>511</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>512</sup> ALEXY, Direito, razão, discurso, *Op. Cit.*, p. 181.

<sup>513</sup> Idem, p. 182.

quando é dito que o *interesse* na segurança externa deve ser ponderado contra um direito individual; a formulação axiológica trata, ao contrário, quando se fala do *valor* da segurança externa; e o caráter deontológico diz respeito sobre a produção e a manutenção da segurança externa, quando é *ordenada*.<sup>514</sup>

Alexy explica que a variante deontológica é digna de preferência. Assim, “o status normativo de bens coletivos é compreendido mais adequadamente pela versão deontológica que pela axiológica. “Direitos têm, como exposto, um status deontológico”.<sup>515</sup>

O conceito de bem coletivo pode se dar através da seguinte relação: X é para o sistema jurídico S um bem coletivo, quando X é não distributivo e a produção ou manutenção de X é ordenada por S *prima facie* ou definitivamente. Essa admissão, segundo Alexy representada pela dicotomia definitiva/prima facie expressa que bens coletivos, do mesmo modo que ocorre com os direitos individuais podem apresentar um caráter de regra ou de princípio.<sup>516</sup>

A definição citada de bens coletivos mostra que, quando a favor ou contra uma decisão um bem coletivo é citado, é referido um mandamento e, com isso, uma norma. A fundamentação de bens coletivos é um problema da fundamentação de normas esclarece Alexy.<sup>517</sup> Assim, em vez de uma definição exclusivamente relacionada à distribuição, poder-se-ia relacionar o conceito de bem coletivo à fundamentação sugere Alexy.<sup>518</sup>

Para esclarecer o conceito de bem coletivo e sua fundamentação, Alexy propõe o caráter redistributivo como pressuposto ou meio de seu cumprimento ou fomento. Cita como exemplo, o dever legal da indústria de tabacos de colocar advertências sobre prejuízos à saúde em seus produtos o que configura uma intervenção na liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco, portanto, em um direito fundamental. A justificação direta dessa intervenção reside no fato de tratar-se da proteção da população diante de riscos à saúde, portanto, em um bem coletivo. Trata-se nisso, também, a proteção individual, ou seja, da saúde do particular. Isso se configura, segundo Alexy, o caráter ambivalente no bem coletivo clássico da segurança interna ou pública.<sup>519</sup>

A segurança interna, segundo Alexy,<sup>520</sup> é um bem coletivo central do Estado de Direito liberal. A proteção do meio ambiente define sua última variante: o Estado de Direito Ecológico. Nesse diapasão, Alexy explica que no meio disso, encontra-se o Estado de Direito Social. Não

---

<sup>514</sup> Idem, p. 182.

<sup>515</sup> Idem, p. 182.

<sup>516</sup> Idem, *ibidem*, p. 183.

<sup>517</sup> Idem, p. 183.

<sup>518</sup> Idem, p. 183.

<sup>519</sup> ALEXY, *Constitucionalismo discursivo, Op. Cit.*, p. 60.

<sup>520</sup> Idem, p. 60-61.

raras vezes o direito ao meio ambiente é classificado como um direito fundamental social.<sup>521</sup> Como um novo direito fundamental no catálogo de direitos ou atribuído por interpretação,<sup>522</sup> colisões de direitos fundamentais sociais com outros direitos fundamentais sociais, bem como colisões entre direitos fundamentais sociais e interesses coletivos poderão ocorrer.<sup>523</sup>

Um exemplo, segundo Alexy,<sup>524</sup> é a colisão entre um direito ao trabalho e um direito ao meio ambiente. Ao se tratar de um caso de colisão entre o direito ao meio ambiente e a sua integridade e à proteção à saúde com o livre direito ao exercício da atividade econômica, por exemplo, deve-se considerar que ambos os casos dispõem de argumentos de peso. Deve-se levar em conta, segundo Alexy,<sup>525</sup> tanto argumentos a favor quanto os argumentos contrários à solução dessa colisão.

Nesse sentido é oportuno verificar um caso de colisão de direitos fundamentais em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colocou um caso de colisão entre o livre exercício da atividade econômica e a proteção do meio ambiente como bem coletivo. O exame se refere à licença para importação de pneumáticos usados para a indústria de pneus remoldados, recauchutagem e vulcanização de pneumáticos.<sup>526</sup>

A decisão do Supremo destacou a necessidade de que o exercício da atividade empresarial, tendo o lucro como legítima finalidade, amparada pelo ordenamento jurídico, deve ser ponderada com as exigências da proteção da saúde e do meio ambiente, especialmente quando os interesses não se circunscrevem a um determinado setor da economia, apresentam uma dimensão global da gestão e o tratamento dos pneumáticos usados. Aludindo às consequências indesejáveis que da autorização e licença para importação de pneumáticos usados resultariam para a saúde e o ambiente, a decisão destacou a existência de programas estatais de reaproveitamento sustentável de pneumáticos usados aqui produzidos. Nesse sentido, o STF decidiu o caso de colisão de direitos fundamentais a favor da proteção da saúde e do meio ambiente.

Dessa forma, o STF buscou compatibilizar os conflitos entre o livre exercício da atividade econômica e a proteção ambiental, decidindo o caso de colisão de direitos fundamentais a favor a proteção da saúde e do meio ambiente.

A questão que se coloca, no entanto, é a de como são resolvidos os casos de colisão de direitos fundamentais. Percebe-se que a natureza dos direitos fundamentais manifesta-se com forte

<sup>521</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 443.

<sup>522</sup> *Idem*, p. 443.

<sup>523</sup> *Idem*, p. 511.

<sup>524</sup> *Idem*, p. 511.

<sup>525</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 511.

<sup>526</sup> STF, Ag. Reg. 1186, TP, J. 12/12/2007, DJ 29/02/2008 *apud* GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. O direito fundamental ao ambiente e a ponderação. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (orgs.). *Direito constitucional do Ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educs, 2011, p. 60.

conteúdo axiológico, ensejando à sua natureza principiológica, mas também sua abertura semântica deve ser considerada, uma vez que os direitos colidem e não se esgotam no plano abstrato. Nesse sentido, manifesta-se Steinmetz:

Os direitos colidem porque não estão *dados* de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, há colisões *in concreto*.

Diante disso, é importante verificar as características em torno do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, observar o seu *núcleo essencial* ou conteúdo essencial que apontaria, por exemplo, para a sadia qualidade de vida e pela dignidade da pessoa humana. Fala-se, inclusive, na dimensão ecológica da dignidade humana, como pontua Fensterseifer:

Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente da qualidade ambiental, passam a conformar o conteúdo da dignidade humana, ampliando o seu âmbito de proteção. Daí falar-se em uma nova dimensão ecológica para a dignidade humana, em vista especialmente dos novos desafios existenciais de índole ambiental a que está submetida a existência humana no mundo “de riscos” contemporâneo. (...) o conceito jurídico de dignidade humana formulado por Sarlet como moldura conceitual-normativa (aberta) e ponto de partida para pensar (e reformular) o referido conceito em face dos novos desafios existenciais impostos pela degradação ambiental (mas também em vista da evolução cultural e dos novos valores socioambientais legitimados no âmbito comunitário), consagrando-se a sua *dimensão ecológica*).

Assim, a delimitação do núcleo essencial do direito ao meio ambiente torna-se imprescindível para a solução dos casos de colisão entre direitos que se resolve a partir do princípio da proporcionalidade e da ponderação de bens.

Por conta disso, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que possui um conteúdo oriundo de sua natureza principiológica, depara-se com colisões com outros direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, colocando-se em discussão qual direito deve prevalecer no caso concreto.

Nesse diapasão, a discussão em torno da justificação das decisões judiciais implica, no plano do direito constitucional, a adoção de bases argumentativas adequadas, necessárias e proporcionais para a racionalidade da ponderação, especialmente quando há restrições ao núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diante de tais considerações, torna-se oportuno um estudo acerca do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado como um direito fundamental completo, consubstanciado nas dimensões objetiva e subjetiva no ordenamento jurídico.

### 3.3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO OU COMO UM TODO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é compreendido como direito fundamental, especialmente por encontrar justificação jusfundamental no princípio da dignidade da pessoa humana e aos princípios da igualdade e da liberdade, como princípios de integração no Estado Socioambiental de Direito.

O fortalecimento da sua jusfundamentalidade encontra-se a partir da abertura material prevista no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo pacífico o reconhecimento pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Nesse aspecto, a nossa Constituição legitima e fortalece outros direitos não expressos por ela, mas que são recepcionados a partir de princípios ou tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

O direito ao meio ambiente é um direito fundamental, devendo-se levar efetivamente a sério, notadamente quando se cogita de um verdadeiro Estado constitucional. O primeiro princípio da Declaração de Estocolmo de 1972 estabelece que o homem, ao lado dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade, tem o direito fundamental ao desfrute de condições adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar.<sup>527</sup> Como esclarece Gavião Filho,<sup>528</sup> esse reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito fundamental na órbita internacional foi assimilado pela ordem constitucional de vários Estados, entre os quais o Brasil encontra-se incluído.

O fato de o direito ao meio ambiente possuir assento constitucional no Título VIII, Capítulo VI da Constituição Federal brasileira, o qual trata da ordem Social, portanto, fora do Título II do seu texto, poderia caracterizar a sua jusfundamentalidade a partir de uma leitura material da Constituição. Nesse aspecto, Fensterseifer<sup>529</sup> pontua que é a partir de uma leitura material do conteúdo e das relações que mantém com os demais valores constitucionais fundamentais que o direito ao ambiente alcança o *status* de direito fundamental.

As normas de direitos fundamentais não são apenas os enunciados das disposições de direitos fundamentais contidas no catálogo da Constituição<sup>530</sup>; como referido por Fensterseifer, a

---

<sup>527</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>528</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>529</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>530</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 36.

sua jusfundamentalidade encontra assento a partir de uma leitura material do seu conteúdo, visando justamente a composição dos valores constitucionais fundamentais, vinculando-se em maior ou menor medida com a dignidade da pessoa humana.<sup>531</sup>

No cenário internacional, a tutela do direito fundamental ao meio ambiente encontra-se respaldado, por exemplo, a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente (Estocolmo, 1972), no Protocolo de San Salvador adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – "Pacto de San José da Costa Rica", (1988), na Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Estado do Rio de Janeiro (1992), e também, na Declaração da Cúpula dos Povos, evento realizado também na cidade do Rio de Janeiro em 2012.

Por seu turno, concernente à força jurídica dos direitos fundamentais extraídos dos tratados internacionais e a sua paridade com os demais direitos fundamentais da Constituição Federal, impende considerar que, o direito ao ambiente, por se tratar de direito fundamental, possui aplicabilidade direta e abrangente para todo o ordenamento jurídico, na forma que preceitua o artigo 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição.<sup>532</sup> Como refere Sarlet,<sup>533</sup> é de cogitar-se a inclusão destes direitos fundamentais de matriz internacional à proteção das assim denominadas “cláusulas pétreas”, encartada no artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal de 1988.

Portanto, o direito fundamental ao meio ambiente consiste em cláusula pétrea, contemplando e consolidando o direito subjetivo dos indivíduos e da coletividade, com vistas à sadia qualidade de vida e ao bem-estar. Assim, o que está implícito é a relação intrínseca entre a vida e a liberdade, mas também, especialmente, a qualidade de vida e a solidariedade entre os seres humanos e o meio ambiente – a qualidade ambiental, agregando-se ao núcleo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, como identifica Benjamin,<sup>534</sup> o direito fundamental leva à formulação da primariedade do ambiente, no sentido de que nenhum agente público ou privado deve tratá-lo como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível.

Seguindo-se essa argumentação, pode-se afirmar que, na condição de direito fundamental da pessoa humana, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, disposição do artigo 225 da Constituição Federal, além de direito fundamental deixa claro que se trata de um dever fundamental, ao dispor que se impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A tutela do bem jurídico ambiental que a norma

---

<sup>531</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>532</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 146.

<sup>533</sup> *Idem*, p. 146.

<sup>534</sup> BENJAMIN, Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira, *Op. Cit.*, p. 124.



do artigo 225 expressa, vincula juridicamente o Poder Público na realização do direito ao ambiente, como direito fundamental, consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal. Conforme dispõe Sarlet,<sup>535</sup> a Constituição Federal traz por escopo a plena eficácia das normas de direitos fundamentais, (ambientais), tendo em vista o seu caráter duplo na sua perspectiva defensiva – presunção fundada no artigo 5º, § 1º da nossa Constituição, quanto a perspectiva positiva ou prestacional.

Para uma melhor compreensão acerca do direito fundamental ao meio ambiente é necessário verificar as dimensões objetiva e subjetiva, ou seja, o significado do caráter duplo enquanto direitos sob a perspectiva prestacional e sob a perspectiva de direitos de defesa, conforme refere Alexy.<sup>536</sup>

Os direitos fundamentais apresentam um caráter duplo, pois, por um lado, eles são direitos subjetivos, direitos do particular, não só direitos do homem e do cidadão no sentido restrito, mas também, simultaneamente, garantem a liberdade de um âmbito de vida; por outro lado, os direitos fundamentais são elementos da ordem objetiva da coletividade; há uma relação de complemento e fortalecimento recíproco entre as duas dimensões.<sup>537</sup>

Segundo Hesse<sup>538</sup>, como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais como direitos subjetivos são, por sua vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles possibilitam ao particular defender-se contra a arbitrariedade do Estado, prejuízos não autorizados em seu *status* jurídico-constitucional; ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como *determinações de competências negativas* para os poderes estatais.

Do mesmo modo, ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, que, por sua causa, são garantidos, corresponde seu significado jurídico-objetivo como *elementos da ordem jurídica total da coletividade*, pela qual o *status* do particular é organizado, delimitado e protegido.<sup>539</sup>

O direito fundamental ao ambiente configura um direito subjetivo no sentido de os indivíduos poderem pleitear o direito de defesa ao Estado contra os atos lesivos ao ambiente e, configura também um elemento da ordem objetiva no sentido de expressar as incumbências a cargo do Estado, tendentes a assegurar a todos a realização do direito ao meio ambiente

---

<sup>535</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 271, 287, 288, 293.

<sup>536</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 443.

<sup>537</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 228 e 239.

<sup>538</sup> *Idem*, p. 235 e 239.

<sup>539</sup> *Idem*, p. 240.

ecologicamente equilibrado.<sup>540</sup> As normas do artigo 225, § 1º da Constituição fixa objetivos estatais para a realização do direito ao ambiente de forma a vincular o legislador e também os Poderes Executivo e Judiciário.<sup>541</sup>

A dimensão objetiva do direito fundamental ao meio ambiente refere-se “como fim e tarefa do Estado e da comunidade” explica Canotilho.<sup>542</sup> Isso deve-se ao fato, segundo o autor, de existirem autênticos deveres jurídicos que são dirigidos ao Estado e demais poderes públicos.<sup>543</sup> Além disso, Canotilho<sup>544</sup> ressalta que a dimensão objetiva das normas-tarefa e normas-fim apontam para a “constitucionalização de bens (ou valores) jurídico-constitucionais decisivamente relevantes na interpretação – concretização de outras regras e princípios constitucionais”. Por fim, implica a proibição do retrocesso ecológico-ambiental que refere-se ao agravamento da situação global ecológica ou aos bens ecológicos, critério básico de avaliação, pois só assim é possível proceder, em alguns casos, à ponderação ou balanceamento de bens.<sup>545</sup>

Quanto à dimensão subjetiva do direito fundamental ao meio ambiente, é importante que se realize o corte jurídico-constitucional, como bem jurídico autônomo para que não seja dissolvido na proteção de outros bens constitucionalmente relevantes, explica Canotilho.<sup>546</sup> Ou seja, a proteção do meio ambiente não logrará êxito se apenas a dimensão objetiva estiver presente. Assim, explica Canotilho:<sup>547</sup>

A consagração constitucional do ambiente como tarefa dos poderes públicos pode ser suficiente para impor responsabilidades ecológicas ao Estado (e outros poderes públicos) mas não tem operacionalidade suficiente para recortar um âmbito normativo garantidor de posições subjectivas individuais no que respeita ao ambiente.

As dimensões objetiva e subjetiva do direito ao meio ambiente promovem exatamente aquilo que Alexy denominou como um direito fundamental completo,<sup>548</sup> pois coexistem e se complementam nessa dupla configuração, representando um leque paradigmático na proteção ambiental.

---

<sup>540</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>541</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>542</sup> CANOTILHO, Estudos sobre direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 181.

<sup>543</sup> *Idem*, p. 181.

<sup>544</sup> *Idem*, p. 181.

<sup>545</sup> *Idem*, p. 182.

<sup>546</sup> *Idem*, p. 183.

<sup>547</sup> *Idem*, p. 184.

<sup>548</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 443.

O direito fundamental completo ou como um todo é proposto por Alexy<sup>549</sup> para indicar um feixe de posições de direitos fundamentais definitivos e *prima facie* contemplando uma proteção subjetiva de uma liberdade – os cidadãos, e outra, um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental. Assim, da relação existente entre os cidadãos e o Estado podem surgir posições jurídicas definitivas e *prima facie* de direitos que expressam aspectos considerados complexos, especialmente quando o direito fundamental ao meio ambiente encontra-se presente.

Por conseguinte, o direito ao meio ambiente pode referir-se aos direitos do Estado de se abster de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa); de proteger o cidadão contra intervenções de terceiros que causem prejuízos ao meio ambiente (direitos de proteção); de permitir a participação dos cidadãos na tomada de decisões que envolvam procedimentos importantes ao meio ambiente (direito ao procedimento); e, por fim, a de realizar medidas fáticas que sejam benéficas ao meio ambiente, com o intuito de promover e proteger as condições ambientais (direito a prestação fática)<sup>550</sup>. Nesse sentido, Alexy pontua:

Um direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima se denominou “direito fundamental completo”. Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha, de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática). Além disso, as posições propostas ou alegadas podem dizer respeito a direitos *prima facie* ou a direitos definitivos. O mesmo vale para outros direitos suscitados por meio da utilização da expressão “direitos fundamentais sociais”.<sup>551</sup>

Sob essa configuração do direito ao ambiente, Canotilho observa que não há óbice à existência em relação ao reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente como direito subjetivo.<sup>552</sup> Conforme aponta o constitucionalista, as normas-tarefa e as normas-fim, são normas que permitem, em termos jurídico-constitucionais, o reconhecimento do direito ao ambiente como direito subjetivo, autônomo, apontando para a constitucionalização de bens ou valores relevantes.<sup>553</sup> Para o autor, o direito fundamental ao meio ambiente foi reconhecido, em Portugal, como um direito subjetivo de natureza econômica, social e cultural, e na Espanha, como um

<sup>549</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 248 e 443.

<sup>550</sup> *Idem*, p. 443.

<sup>551</sup> *Idem*, p. 443.

<sup>552</sup> CANOTILHO, Estudos sobre direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 181

<sup>553</sup> *Idem*, p. 181.

direito fundamental informador.<sup>554</sup> Conforme explica Canotilho,<sup>555</sup> o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente enquanto direito subjetivo com caracterização constitucional do tipo econômico, social e cultural não impede que no seu âmbito normativo seja incluído importantes posições de *direitos procedimentais ambientais*, sob a forma de direitos de informação, direitos de participação e direitos a ação judicial; também, ao lado dos direitos procedimentais, incluem-se os *direitos à proteção* do ambiente que se referem aos direitos outorgados aos particulares para que cobrem do Estado combater os perigos concretos, incidentes sobre o ambiente, com o intuito de garantir e proteger outros direitos fundamentais como o direito à vida, à integridade física e à saúde, bem como o dever de proteger os cidadãos contra ações praticadas por outros indivíduos (particulares) que agridem o ambiente e à qualidade de vida; e *direitos a prestações ambientais*, enquanto direitos dos cidadãos a pretensões específicas, dirigindo-se a interesses difusos e coletivos e que enfrentam o problema de não serem derivadas da Constituição – das normas constitucionais –, porém, podem ser fundamentadas na lei.

Nesse contexto de ideias, o direito fundamental completo engloba os contornos de uma dimensão subjetiva do direito ao meio ambiente, a qual reúne as condições de legitimidade da pessoa individual de cobrar do Estado – no sentido de sua exigibilidade – a atuação defensiva e protetiva do meio ambiente e, ainda, uma posição objetiva, no sentido de que é determinado um dever do próprio Estado adotar medidas que promovam e consagram o direito fundamental em questão. Essas dimensões estão alinhadas à ideia ao que Alexy denomina como direitos de defesa e direitos à proteção, ou seja, direitos subjetivos dos cidadãos em face do Estado e direitos a prestações, compreendido este como dever objetivo do Estado em promover o direito ao meio ambiente por meio de normas e posições jurídicas fundamentais.

A compreensão do direito ao meio ambiente como um direito fundamental como um todo pressupõe a verificação da denominada doutrina dos quatro *status* de Jellinek, a qual encontra-se referida na parte inicial deste trabalho. Assim, conforme o autor,<sup>556</sup> essa teoria assegura aos indivíduos posições jurídicas diversas em relação ao Estado, caracterizadas como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”. O conceito de *status* é definido a partir de quatro divisões, quais sejam: o *status passivo* ou *status subjectionis*, o *status negativo* ou *status libertatis*, o *status positivo* ou *status civitatis*, e o *status activus* do cidadão. Sem adentrar o exame específico de cada um deles, já que fora mencionado anteriormente, é importante considerar a contribuição

---

<sup>554</sup> Idem, ibidem, p. 186.

<sup>555</sup> Idem, p. 187-189.

<sup>556</sup> JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1905, p. 83 e 86 *apud* ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 254.

da teoria do *status* de Jellinek, pois, como observa Gavião Filho,<sup>557</sup> independentemente de possuir lacunas e algumas deficiências, “a teoria do *status* está cientificamente justificada porque permite compreender a complexa estrutura formal dos direitos fundamentais”.

Um direito fundamental como um todo é um feixe de posições fundamentais jurídicas que encontram-se reunidas, por uma disposição de direito fundamental, em um direito fundamental. A esta acepção estão relacionadas as diferentes posições fundamentais jurídicas em um direito fundamental como um todo, correspondendo sempre as normas que as conferem.<sup>558</sup> A partir disso, é possível extrair quatro posições que tratam do direito fundamental como um todo: (1) um feixe de posições jurídicas definitivas; (2) um feixe de posições definitivas, incluídas as relações existentes entre elas; (3) um feixe de posições definitivas e *prima facie*; e (4) um feixe de posições definitivas e *prima facie*, incluindo as relações que existem entre elas.<sup>559</sup>

Por isso, que as normas de direitos fundamentais possuem um caráter duplo, atribuindo-se-lhes tanto regras quanto princípios, o que incluem um feixe de posições definitivas quanto posições *prima facie*. O direito fundamental completo ou como um todo é, por essa razão, um feixe de posições definitivas e *prima facie*, relacionadas entre si por meio das posições jurídicas fundamentais, do grau de generalidade e do caráter de regra ou princípio ou, respectivamente, de posições definitivas ou *prima facie* e que são atribuídas a uma disposição de direito fundamental.<sup>560</sup>

O direito fundamental como um todo é algo bastante complexo, apresentando posições jurídicas fundamentais muito distintas. Nessa perspectiva, as normas de direito fundamental representadas pelo artigo 225 da Constituição Federal enuncia o direito ao meio ambiente como um direito fundamental como um todo. Assim, a norma que enuncia 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 e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, revela-se como critério norteador e estruturante em relação às posições individuais dos cidadãos e do Estado.

Dessa forma, é possível extrair posições jurídicas definitivas e posições *prima facie*, envolvendo os cidadãos e o Estado, num dever recíproco de proteção da integridade do ambiente, ou seja, uma relação de reciprocidade entre Estado e Indivíduo.

---

<sup>557</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 43-44.

<sup>558</sup> *Idem*, p. 45-46. Gavião Filho em análise a Alexy.

<sup>559</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 252.

<sup>560</sup> *Idem*, p. 251-252.

Sob o aspecto da concepção do direito fundamental ao meio ambiente como um todo, é de se considerar que a sua estrutura normativa compõe-se analiticamente, primeiro, o que Alexy convencionou enunciar como “direito a algo”,<sup>561</sup> a fim de estabelecer um cenário claro em relação aos direitos de defesa e a sua posição aos direitos dos cidadãos contra o Estado e, segundo, um direito fundamental à prestação em sentido amplo,<sup>562</sup> ou seja, direitos a ações estatais positivas. Nessa configuração, o direito a prestações em sentido amplo podem ser divididos em direitos à proteção, direitos à organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito.<sup>563</sup>

A compreensão do direito fundamental ao meio ambiente na qualidade de direitos de defesa que se relacionam ao direito subjetivo, concernem a que se exija do Estado o não impedimento ou que o mesmo dificulte o exercício do direito de determinadas ações pelo seu titular; o de não afetar determinadas características ou situações do titular do direito e, por fim, a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.<sup>564</sup>

Assim, o primeiro grupo diz respeito a que o Estado abstenha-se de determinadas intervenções ao meio ambiente, sobretudo, que não crie obstáculos ou impeçam determinadas ações de proteção ou de promoção do meio ambiente; o segundo grupo reside no critério que abrange o direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros, não afetando determinadas características ambientais, portanto, exige-se do Estado a proteção ambiental, atentando para condutas lesivas ao meio ambiente; o terceiro grupo refere-se a que o Estado não elimine determinadas posições fundamentais que importe em prejuízo ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sob o aspecto dos direitos de defesa, Sarlet<sup>565</sup> pontua o seguinte:

Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. (...) pode-se afirmar, portanto, que os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições. (...) importante consignar, que esta “função defensiva” dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental.

<sup>561</sup> Idem, ibidem, p. 193.

<sup>562</sup> Idem, ibidem, p. 433.

<sup>563</sup> Idem, ibidem, p. 444.

<sup>564</sup> Idem, ibidem, p. 196.

<sup>565</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 196.

Nessa esteira, o constitucionalista português Canotilho<sup>566</sup> ensina que “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva”: em um primeiro momento constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual dos cidadãos; num segundo momento, os direitos fundamentais implicam, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer os direitos positivamente – uma liberdade positiva – e de exigir dos órgãos estatais, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.

Por outro lado, conforme esclarece Gavião Filho,<sup>567</sup> o direito fundamental ao meio ambiente, como direito a algo dispõe de direitos a ações positivas, possuindo como objeto “ações positivas”, as quais podem ser identificadas através de uma ação fática e de uma ação normativa.

Alexy<sup>568</sup> ensina que, os direitos a ações positivas constituem-se de “direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas, (...) cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa”. Um exemplo da primeira é quando uma prestação material é realizada com fundamento a um direito ao mínimo existencial. Nesse primeiro aspecto do direito a prestações, o dever objetivo do Estado assegura a satisfação dos cidadãos, dispondo do mínimo para a sua existência; também, o Estado assegura uma pretensão individual do cidadão, quando garante a satisfação do direito. Aqui, conforme explica Alexy,<sup>569</sup> a existência das normas jurídicas que fundamentam o direito é irrelevante. No segundo aspecto do direito a prestações, “direitos a ações positivas normativas”, tais direitos se realizam, por exemplo, no momento em que são praticadas ações estatais, como a adoção de normas jurídicas que preservem e assegurem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido, Alexy<sup>570</sup> observa que o conceito de direito a prestações se opõe ao conceito de direito de defesa, devendo o Estado adotar uma conduta positiva desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas legislativas, passando pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais com alcance as prestações de cunho material. Assinala que, no caso de muito dos direitos fundamentais sociais, que são considerados direitos a prestações por excelência, há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas, sendo este o caso do intensamente debatido direito ao meio ambiente.

---

<sup>566</sup> CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, *Op. Cit.*, p. 408.

<sup>567</sup> GAVIÃO FILHO, Direito fundamental ao ambiente, *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>568</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 201.

<sup>569</sup> *Idem*, p. 202.

<sup>570</sup> *Idem*, p. 442-443.

Sobre a dimensão objetiva do direito fundamental ao meio ambiente, Pereira da Silva<sup>571</sup> esclarece que a Constituição do ambiente implica a consideração de que os princípios e valores ambientais que caracterizam a sociedade e o Estado, projetam-se na aplicação e concretização do direito. Assim, é importante a sua contribuição:

A “Constituição do Ambiente”, na sua dimensão objectiva, implica, desde logo, a consideração de que os princípios e valores ambientais representam bens jurídicos fundamentais, que se projectam na actuação quotidiana de aplicação e de concretização do direito, para além de imporem objetivos e finalidades que não podem ser afastados pelos poderes públicos e que é sua tarefa realizar: o que, entre outras coisas, significa: a) que o legislador tem o dever de emitir as normas necessárias À realização dos princípios e das disposições constitucionais relativas ao ambiente. Dever este que, se não for atempadamente realizado, implica a existência de uma inconstitucionalidade por omissão, da mesma forma como o seu cumprimento deficiente, violando as estatuições ou os parâmetros da lei fundamental, é gerador de inconstitucionalidade por acção; b) que a Administração se encontra vinculada pelas normas e princípios constitucionais em matéria ambiental, uma vez que o princípio da legalidade da actuação administrativa não significa apenas a submissão à lei mas ao direito no seu conjunto. Diga-se, a propósito, que as normas e os princípios constitucionais são sobretudo importante quando se tratar do exercício de poderes discricionários, já que eles assumem a dimensão de vinculações autónomas directamente aplicáveis, fornecedoras de critérios de decisão e estabelecendo limites para a margem de apreciação e de decisão da administração, os quais, se violados, originam a ilegalidade da actuação administrativa ( por vício de violação de lei); c) que os tribunais, na sua tarefa de julgamento dos litígios, devem concretizar as normas e os princípios constitucionais em matéria de ambiente, tanto no que respeita à interpretação e integração das lacunas da lei, quer relativamente aos juízos de prognose ou de ponderação de valores e de interesses (que não podem esquecer a consideração dos “bens jurídicos” ambientais), quer ainda no que concerne à adaptação, ou mesmo à criação, dos meios processuais adequados a garantir a tutela plena e efectiva dos valores fundamentais em questão.

Nesse contexto, o direito a prestações deve ser compreendido como um dever objetivo do Estado que abrange, igualmente, todos os poderes estatais no exame da tutela ambiental. O dever fundamental de proteção ambiental também é conferido aos cidadãos, na medida em que há uma clara disposição constitucional imperativa de proteção. Assim, a dimensão objetiva, nessa perspectiva, conecta-se a ideia em favor da coletividade e do interesse público. A dimensão objetiva, presta-se a justificar certas medidas ou limitações aos direitos subjetivos dos cidadãos. Nesse sentido, Alexy<sup>572</sup> esclarece que os direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos, enquanto que os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais atendem as necessidades coletivas que se vinculam a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos.

<sup>571</sup> SILVA, Vasco Pereira da. Verde cor de direito, *Op. Cit.*, p. 63-65.

<sup>572</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 444.



Sob essa perspectiva, esclarece Mendes<sup>573</sup> “os direitos fundamentais a prestações objetivam a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também, da liberdade por intermédio do Estado”. Para Mendes, a liberdade do indivíduo depende muito de uma postura ativa dos Poderes Públicos para que haja a conquista e manutenção de sua liberdade. Assim, enquanto direitos de defesa dirigem-se, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos Poderes Públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica.<sup>574</sup> Dessa forma, eventuais omissões ou inércia por parte do legislador no que tange os direitos de garantia às liberdades configura afronta a um dever constitucional de legislar.<sup>575</sup>

A Constituição Federal de 1988 consagra, de forma expressa, amplo catálogo de direitos sociais, conferindo significado ímpar ao direito de acesso à justiça, e criou mecanismos especiais de controle da omissão legislativa (ação direta por omissão e mandado de injunção), destinados a colmatar eventuais lacunas na realização de direitos, especialmente na formulação de políticas públicas destinadas a atender às determinações constitucionais.<sup>576</sup>

Com efeito, esclarece Ferreira:<sup>577</sup>

ao contrário da não-intervenção reclamada pelos direitos consagrados no Estado Liberal, ao Estado Social incumbe atuação pró-ativa no sentido de assegurar a fruição dos novos direitos sociais pelos destinatários, diante de sua qualificação de direitos prestacionais (exigem prestações estatais positivas para sua implementação).

No mesmo tom argumentativo, esclarece Hesse,<sup>578</sup> com alguns exemplos de direitos sociais, como o direito ao trabalho ou o direito à moradia adequada ou à seguridade social, ressaltando que eles não se tornam efetivos pelo fato de serem respeitados e amparados; antes requerem, de antemão e em qualquer caso mais do que em direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizarem o programa neles contido. Não só exige isso regularmente uma atuação do legislador, mas também da Administração.

<sup>573</sup> MENDES, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, *Op. Cit.*, p. 472.

<sup>574</sup> *Idem*, p. 472.

<sup>575</sup> *Idem*, p. 472.

<sup>576</sup> *Idem*, p. 479.

<sup>577</sup> FERREIRA, Ximena Cardozo. *A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id376.htm>. Acesso em 20 de dez. de 2012.

<sup>578</sup> HESSE, Temas fundamentais do Direito Constitucional, *Op. Cit.*, p. 46.

Ao se entender como possíveis prestações básicas na área ambiental, exigíveis em face do Estado, especialmente em razão da conformação da garantia constitucional do mínimo existencial ecológico, um enfrentamento que se coloca, geralmente também posto em face dos direitos sociais de um modo geral, diz respeito à *reserva do possível*, ou seja, as condições financeiras e previsão orçamentária do Estado para contemplar tais medidas, já que representam gasto de dinheiro público.<sup>579</sup>

Há entendimentos divergentes por parte da doutrina no que se refere à reserva do possível, como a sustentada por Steigleder.<sup>580</sup> Segundo ela, em que pese a aplicabilidade imediata do artigo 225, por força da consagração do equilíbrio ambiental como direito fundamental e a possibilidade de exigir do Poder Público prestações efetivas para a proteção ambiental, há sempre que considerar o limite da reserva do possível, sob pena de cair-se “no irrealismo de ignorar a dimensão economicamente relevante da incumbência do Poder Público” de proteção ambiental.

No entanto, em que pese posicionamentos divergentes no que se refere à reserva do possível, Krell,<sup>581</sup> diferentemente, destaca que, “embora as atividades concretas da Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidas pelo governante, o argumento da *reserva do possível* não é capaz de obstruir a efetivação judicial de normas constitucionais”.

O controle jurisdicional no âmbito das funções constitucionais conferidas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, Fensterseifer<sup>582</sup> afirma que a “atuação jurisdicional só deve se dar de maneira excepcional e subsidiária”, uma vez que é função do Legislativo o mapeamento de políticas públicas, cabendo posteriormente ao Executivo a sua execução.

Diante da omissão e descaso do órgão legiferante ou do órgão administrativo em cumprir o seu mister constitucional, há espaço legitimado constitucionalmente para a atuação do Poder

<sup>579</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 285. [grifos do autor]. A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de *reserva do possível fática*. O segundo fenômeno identifica uma *reserva do possível jurídica* já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular. BARCELLOS, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, *Op. Cit.*, p. 277-278.

<sup>580</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Discricionariedade administrativa e dever de proteção do ambiente*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n. 48, julho/setembro, 2002, p. 271-301 (*apud* FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 285).

<sup>581</sup> KRELL, Discricionariedade administrativa e proteção ambiental, *Op. Cit.*, p. 83.

<sup>582</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 287.

Judiciário no intuito de coibir, à luz do caso concreto, violações àqueles direitos integrantes do conteúdo do mínimo existencial (social ou ecológico)<sup>583</sup>

No mesmo sentido, esclarece Krell:<sup>584</sup>

o maior problema da proteção ambiental reside talvez na omissão dos órgãos ambientais da União, dos estados e municípios, que não desenvolvem atividades eficientes de fiscalização ou deixam de realizar obras e de prestar serviços públicos, contribuindo, assim, para a degradação e poluição do meio ambiente. [...] Essas omissões infringem diretamente os *deveres* constitucionais do Poder Público, nos três níveis federativos, de defender e preservar ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde pública (art. 196 CF). Onde o processo político da definição concretizadora e implementação de uma política pública falha em nível do Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o *dever*<sup>585</sup> de intervir.

Segundo Alexy,<sup>586</sup> uma Constituição que submete os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente a um amplo controle judicial de constitucionalidade esse problema é, em essência, um problema de repartição de competências entre o tribunal constitucional e o legislador. O fato de esse problema ser extensível a todos os direitos a ações estatais positivas é uma razão decisiva para agrupar todos eles sob a rubrica “direitos a prestações”.

Para poder compreender por completo essa variedade e para poder contrapô-la sistematicamente aos direitos de defesa, é recomendável, conforme Alexy,<sup>587</sup> o emprego de um conceito amplo de direitos a prestações. Nesse sentido, os direitos a prestações (em sentido amplo) podem ser divididos em três grupos: (1) direitos a proteção; (2) direitos a organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito. Alexy explica que os direitos dessa natureza somente poderão ser considerados como direitos a prestações, na medida em que se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional. Eles devem ser distinguidos, de um lado, dos direitos subjetivos que não tenham nível constitucional e, de outro, dos direitos de nível constitucional que não outorguem direitos subjetivos e que, nesse sentido, podem ser denominados como “objetivos”.

<sup>583</sup> Idem, ibidem, p. 287.

<sup>584</sup> KRELL, *Op. Cit.*, p. 181 e 85.

<sup>585</sup> Nas lições de BANDEIRA DE MELLO, sobre a questão de *dever discricionário* e não a utilização da expressão *poder discricionário* na Ciência do Direito Administrativo, posiciona-se da seguinte forma: [...] “é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, com ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”. Prosseguindo a sua lição: “desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “poder discricionário” tem simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15.

<sup>586</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 444.

<sup>587</sup> Idem, p. 444-445.

É exatamente essa discussão que dificulta a clareza e precisão da argumentação reporta Alexy.<sup>588</sup> O autor explica que, em face do conteúdo moral que encontra-se presente nas normas de direitos fundamentais, não é excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos, por meio de interpretação, direitos morais que até então não tem assento em nível constitucional, e também, reside a possibilidade de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é uma candidata passível de subjetivação.

Dando ensejo a essas considerações, Alexy<sup>589</sup> refere que todos os direitos a prestações, enquanto direitos subjetivos, são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental (*a*) tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva (*h*), então, o Estado tem, *em relação a (a)*, o dever de realizar (*h*); dessa forma, sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.

A seu turno, Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, pondera, questionando, de que forma o Estado, estando constitucionalmente obrigado a prover tais demandas<sup>590</sup> poderia juridicizar tais pretensões, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente.

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.<sup>591</sup>

Parte da doutrina contrária à judicialização da dimensão prestacional dos direitos sociais defende que a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social assumem feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis.<sup>592</sup>

Segundo Mendes,<sup>593</sup> “também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação

---

<sup>588</sup> Idem, *ibidem*, p. 445.

<sup>589</sup> Idem, *ibidem*, p. 445 [grifos do autor].

<sup>590</sup> O Ministro Gilmar Mendes refere-se às demandas sociais elencadas no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Mas, nesse íterim, pode-se incluir a proteção ao meio ambiente, uma vez que por trás de ambos está a tutela da dignidade humana. MENDES, *Op. Cit.*, p. 473.

<sup>591</sup> Idem, p. 464-465.

<sup>592</sup> MENDES, *Op. Cit.*, p. 465.

<sup>593</sup> Idem, p. 465.

dos poderes<sup>594</sup> e o princípio da reserva do financeiramente possível”. Em relação aos direitos sociais, é necessário levar em conta que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem de dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, no entanto, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Em razão de não existirem suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça.<sup>595</sup>

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.<sup>596</sup>

Defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde ou à educação, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial”<sup>597</sup> de cada

---

<sup>594</sup> Sobre a separação dos poderes, Ana Paula de Barcellos pontua que a separação dos poderes e o princípio majoritário são muitas vezes apresentados como um obstáculo absoluto ao conhecimento e deferimento, pelo Poder Judiciário, de prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público com fundamento nos princípios vinculados à dignidade humana. Nesse cenário, separação de poderes e princípio majoritário bloqueariam totalmente a eficácia positiva ou simétrica dos enunciados normativos que se vêm de examinar. Para Barcellos, a separação de poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle pelo Poder Judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, aí incluída a determinação de prestações positivas com fundamento constitucional. Entre o exercício monolítico do Poder Judiciário e a completa vedação do controle judicial de constitucionalidade dos atos, comissivos ou omissivos, do Poder Público – isto é, entre um extremo e outro – há um longo trajeto de possibilidades que pode ser trilhado legitimamente pelos países, mantendo-se ainda eficiente controle dos poderes por meio da divisão das funções. BARCELLOS, *Op. Cit.*, p.

<sup>595</sup> MENDES, *Op. Cit.*, p. 465.

<sup>596</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 (apud MENDES, *Op. Cit.*, p. 465).

<sup>597</sup> Neste contexto, ganha relevância o debate entre constitucionalistas brasileiros sobre o conceito do “mínimo existencial”. Inspirada na doutrina e na jurisprudência constitucional alemã, o “mínimo existencial” pretende atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, que seria obrigado a garantir uma existência mínima digna a todos os cidadãos. Em nenhum momento, pode-se, entretanto, determinar em que reside esse “mínimo existencial”, caindo-se, assim, no argumento do voluntarismo político, onde o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante. BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo

um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.<sup>598</sup> Falar de eficácia positiva ou simétrica do mínimo existencial na área da saúde significa que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição.<sup>599</sup>

Esse progresso doutrinário e jurisprudencial vêm ganhando força nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos em que se aborda a legitimidade constitucional do controle e da implementação de políticas públicas. Nesse sentido, reporta-se à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, na ementa proferida na ADPF – MC 45/DF, relator, Ministro Celso de Mello:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIAL DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).<sup>600</sup>

Embora excepcionalmente, o Poder Judiciário poderia formular e implementar políticas públicas com o intuito de garantir a eficácia dos direitos e garantias individuais e/ou coletivos, quando verificada que o Poder Público ou o administrador não agir na implementação e na satisfação da saúde ou a um mínimo existencial.

Esclarece Mendes<sup>601</sup> o administrador não age com plena discricionariedade na implementação de serviços de saúde, uma vez que já existem políticas públicas governamentais implementadas que o vinculam. Nesse sentido, o Judiciário, ao impor a satisfação do direito à saúde no caso concreto, em um número significativo de hipóteses, não exerce senão o controle judicial dos atos e omissões administrativas. Dessa maneira:

---

Wolfgang. (org.). *Direitos fundamentais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122.

<sup>598</sup> MENDES, *Op. Cit.*, p. 465-466.

<sup>599</sup> BARCELLOS, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, *Op. Cit.*, p. 320.

<sup>600</sup> MENDES, *Op. Cit.*, p. 509-510.

<sup>601</sup> *Idem*, p. 510.

Parece sensato concluir que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em considerações todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.<sup>602</sup>

Com efeito, registre-se que essa crescente judicialização da política tem causado certa tensão entre os Poderes, entre os elaboradores e executores das políticas públicas do Estado. Essa divergência ocorre em razão de dois argumentos complexos adotados pela doutrina. Conforme Bonavides,<sup>603</sup> “um, de caráter jurídico-formal, outra, de caráter político-substancial, cifrada no pluralismo das forças constitucionais; a primeira, teórica, a segunda, pragmática”.

O entendimento para o argumento *formal* é de que os direitos fundamentais sociais ou não são justiciáveis ou o são apenas em pequena medida, ou seja, o objeto da maioria dos direitos fundamentais sociais são extremamente indeterminados.<sup>604</sup> Nesse sentido, pode-se perguntar, que prestações de saúde o Poder Público está obrigado a fornecer para o cidadão, como um dos objetivos prescritos constitucionalmente e que poderão ser exigidas pelo Poder Judiciário? Essa prestação poderá ser exigida pelo Poder Público fundamentada no mínimo existencial, uma vez que é extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, que prestações compõem esse mínimo?

Alexy<sup>605</sup> levanta a questão sobre a dificuldade de se determinar o mínimo existencial, o exato conteúdo dos direitos fundamentais sociais, inclusive, o mais simples. Por isso, ao lado da indefinição semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais, a tese do déficit de justiciabilidade tem que agregar uma outra forma de indefinição: a impossibilidade de se chegar, com os meios específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente. Se o Direito não fornece critérios suficientes para tanto, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa da política.

A decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria inserida na competência do legislador e não dos tribunais, uma vez que os princípios da separação dos poderes e da democracia ganham um peso maior sob o argumento baseado na competência.

---

<sup>602</sup> Idem, *ibidem*, p. 466.

<sup>603</sup> BONAVIDES, Teoria constitucional da democracia participativa, *Op. Cit.*, p. 316.

<sup>604</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 507.

<sup>605</sup> Idem, p. 507-508.

Assim, no âmbito dos direitos fundamentais, os tribunais poderiam decidir somente após o legislador já haver decidido.<sup>606</sup>

Sobre a incerteza das normas definidoras do Estado, Hesse<sup>607</sup> ressalta que dependem de sua assunção pelo legislador, e se traduzem e concretizam em direito diretamente vinculante segundo circunstâncias e possibilidades do momento. Nesse sentido, o Estado promete algo que não pode satisfazer, com o que podem resultar facilmente frustradas as expectativas despertadas por essas normas definidoras de tarefas do Estado. Também existe o perigo de que, com preceitos programáticos desse tipo, se distenda em excesso a capacidade da Constituição, por muitos que possa vir em sua ajuda uma certa condição irrevogável do Estado social, já que nenhum governo cabe hoje em dia descumprir os encargos de provimento, previsão e compensação sociais.

O argumento baseado na competência ganha peso especial em virtude dos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais. Devido aos grandes custos financeiros associados à sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária.<sup>608</sup>

Hesse<sup>609</sup> observa que o custo depende do número de normas constitucionais definidoras de tarefas do Estado e do grau de sua vinculação, consiste nessa hipótese – ao igual que com os direitos fundamentais *originários* de participação e com os direitos de ordem social –, num debilitamento dos componentes democráticos da Constituição. Assim, o que está constitucionalmente decidido mediante normas definidoras de tarefas do Estado se subtrai à decisão dos poderes políticos.

Alexy<sup>610</sup> conclui que “Se o argumento formal for procedente, a aceitação de direitos fundamentais sociais fracassa frente ao dilema: deslocamento inconstitucional de competências ou violação da cláusula de vinculação”.

Por outro lado, o argumento *substancial* contra os direitos fundamentais sociais sustenta que eles são incompatíveis – ou, ao menos colidem – com normas constitucionais materiais.<sup>611</sup> Como isso, sustenta-se que o Poder Judiciário deve atuar no interesse dos princípios fundamentais de uma ordem democrática, sendo de todo admissível e legítimo o controle exercido, mas desde que dentro dos limites da Constituição, feito para salvaguardar os direitos fundamentais e fortalecer a própria cidadania.

---

<sup>606</sup> Idem, *ibidem*, p. 508.

<sup>607</sup> HESSE, Temas fundamentais do Direito Constitucional, *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>608</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 508.

<sup>609</sup> HESSE, Temas fundamentais do Direito Constitucional, *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>610</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 509.

<sup>611</sup> Idem, p. 509.



Acerca desse argumento substancial, Alexy menciona os casos de colisões entre direitos fundamentais sociais de uns e direitos de liberdade de outros, mas também de uma colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade do mesmo titular de direitos. Nesse sentido, segundo ele, “embora a vinculação entre um direito ao trabalho e um dever de trabalhar seja freqüente, ela não é necessária”. O interesse de trabalhar, sobretudo o interesse em um salário, pode ser, para um número suficiente de cidadãos, um incentivo suficiente para exercer o direito ao trabalho. No entanto, algo distinto pode ser verdadeiro se o direito ao mínimo existencial já coloca o indivíduo em uma situação na qual o exercício do direito do trabalho deixa de ser atrativo para ele.<sup>612</sup>

Por fim, as colisões de direitos fundamentais sociais com outros direitos fundamentais sociais, bem como as colisões entre direitos fundamentais sociais e interesses coletivos devem ser mencionadas. Um exemplo de colisão entre direitos fundamentais sociais é entre um direito ao trabalho e um direito ao meio ambiente. Também, colisões entre direitos fundamentais sociais e interesses coletivos, por exemplo, a defesa nacional, que decorre do fato de que a realização de ambos exige uma parte considerável do orçamento, ou seja, decorrem da reserva do financeiramente possível.<sup>613</sup>

Nesse aspecto, pode-se verificar que Alexy<sup>614</sup> constata a necessidade de um modelo de direitos fundamentais sociais, levando-se em conta os argumentos contrários e favoráveis, dispondo-os da seguinte forma:

Considerados os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segunda a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre os princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

A partir do pensamento de Alexy é verificada a necessidade de ponderações, sendo que esse parâmetro para as soluções controvertidas entre direitos individuais e bens coletivos ainda se

---

<sup>612</sup> Idem, ibidem, p. 510.

<sup>613</sup> Idem, ibidem, p. 511.

<sup>614</sup> Idem, ibidem, p. 511-512.

reveste de uma série de críticas, especialmente sobre o custeio público na implementação de políticas públicas voltadas para a área da saúde e proteção do meio ambiente.

A proteção do meio ambiente constitui-se como uma das normas definidoras de tarefas do Estado ressalta Hesse,<sup>615</sup> vinculando, inclusive, os particulares à concretização desse direito fundamental como condição para a tutela da dignidade da pessoa humana.

As discussões em torno de um direito fundamental completo ou como um todo apontam para as dificuldades de se delinear a complexa configuração dos direitos prestacionais, especialmente as prestações em sentido estrito (direitos fundamentais sociais). Conforme Alexy,<sup>616</sup> podem garantir direitos subjetivos ao cidadão ou obrigar o Estado de forma objetiva a garantir determinados direitos; também podem constituir-se de normas vinculantes ou não-vinculantes e, por fim, através de suas normas fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios.

A concepção de que o direito ao meio ambiente, enquanto direito fundamental completo ou como um todo, consubstanciado no âmbito dos direitos a ações positivas e negativas com um feixe de posições definitivas e *prima facie*, conforme a compreensão proposta por Alexy, ganha ainda mais força de imperatividade frente ao Estado e aos cidadãos, na medida em que as posições jurídicas que contempla se irradiam para todo o ordenamento, determinando uma série de direitos de abstenção (ações negativas), e de prestação (ações positivas) em relação ao Estado e, ainda, um dever fundamental de proteção ambiental imposto ao Estado e a coletividade por meio dessas ações.

Desse modo, sob pena de se priorizarem outros direitos ou medidas que diminuam ou eliminem o grau de proteção do direito fundamental ao meio ambiente e os direitos ao mínimo existencial socioambiental, o qual relaciona-se com a tutela da dignidade da pessoa humana, importante a verificação do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios, sobretudo, para compreender o campo que ele atua e o seu poder de servir como parâmetro nas decisões judiciais.

---

<sup>615</sup> HESSE, Temas fundamentais do Direito Constitucional, *Op. Cit.*, p. 50-51.

<sup>616</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 500-501.

### 3.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS SEUS SUBPRINCÍPIOS NO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY

Conforme Alexy,<sup>617</sup> há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. O caráter dos princípios implica o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade implica a natureza dos princípios. Por outro lado, a natureza dos princípios resulta logicamente do princípio da proporcionalidade e, afirmar isso, significa que os três subprincípios da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

O princípio da proporcionalidade tem seu principal campo de atuação e importância no âmbito dos direitos fundamentais. Vislumbra posição de destaque no Direito Constitucional contemporâneo, determinante das máximas restrições que podem ser impostas no âmbito individual dos cidadãos pelo Estado.

Há consenso doutrinário e jurisprudencial quando se empresta ao princípio da proporcionalidade o caráter de contenção e moderação da atividade estatal em favor da proteção dos direitos do cidadão. É de primeira intuição a ideia de que o exercício do poder do Estado no âmbito de sua atuação política, administrativa, legislativa ou judicial deva atender, naquele mister, as noções de adequação e proporção.<sup>618</sup>

A proporcionalidade, como máxima jurídica, implica uma etapa, necessária e proporcional (em sentido estrito) relação entre meio e fim. A proporcionalidade concretiza a ponderação ou interesses constitucionais em conflito no modelo de um Estado que centraliza os direitos fundamentais na sua ordem jurídica.<sup>619</sup>

Segundo Alexy,<sup>620</sup> um dos temas principais no debate atual sobre a interpretação de direitos fundamentais é o papel do balanceamento ou ponderação. Na prática atual de muitas cortes constitucionais, balanceamento desempenha um papel central. Na lei constitucional alemã, balanceamento é uma parte do que é pedido por um princípio mais amplo. O princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). O princípio da proporcionalidade compõe-se de três subprincípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em seu sentido restrito. Todos esses princípios expressam a ideia de

<sup>617</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 117.

<sup>618</sup> D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 47.

<sup>619</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>620</sup> ALEXY, Teoria do discurso e direitos fundamentais. Trad. de Maria Cláudia Cachapuz. In: HECK, Luís Afonso. (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 131-132.

otimização. Interpretar direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade significa tratar direitos fundamentais como requisitos de otimização, isto é, como princípios, não simplesmente como regras. Como requisitos de otimização, princípios são normas que pedem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades legais e fáticas.

Os princípios da adequação da necessidade concernem à otimização relativa ao que é faticamente possível. Eles, com isso, expressam a ideia da otimidade-Pareto. O terceiro subprincípio, o princípio da proporcionalidade em seu sentido restrito, concerne à otimização relativa às possibilidades legais.<sup>621</sup> As possibilidades legais são, essencialmente, definidas por princípios concorrentes. Balanceamento consiste em nada mais que otimização relativamente a princípios concorrentes. Ainda, conforme Alexy<sup>622</sup> o terceiro subprincípio pode, por conseguinte, ser expresso por uma regra que declara: “quanto maior o grau de não satisfação de, ou prejuízo para, um princípio, tanto maior a importância de satisfazer o outro. essa regra pode ser chamada “lei do balanceamento”.

O princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito se deixa formular como a primeira lei da ponderação e deixa formular-se da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”<sup>623</sup>

A lei da ponderação deixa reconhecer que a ponderação deixa decompor-se em três passos parciais. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.<sup>624</sup>

O resultado disso é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. Um caso de colisão de direitos fundamentais resolvido pela ponderação resulta no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada. A relação de precedência condicionada pode ser designada por **P** e as

---

<sup>621</sup> *Ibid*, p. 131-132. Conforme Alexy, no princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que também pode ser designado como “princípio da proporcionalidade”, trata-se da otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Esse é o campo da ponderação. ALEXY, *Constitucionalismo Discursivo*, *Op. Cit*, p. 132.

<sup>622</sup> ALEXY, *Teoria do discurso e direitos fundamentais*, *Op. Cit*, p. 132.

<sup>623</sup> ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, *Op. Cit*, p. 167.

<sup>624</sup> ALEXY, *Constitucionalismo Discursivo*, *Op. Cit*, p. 133.

circunstâncias concretas da situação particular por  $C$ .<sup>625</sup> Segundo Alexy,<sup>626</sup> a relação de preferência tem a fórmula  $(PIPP2)C$ . Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente. Nesse sentido, sob as condições  $C$ , decorre a consequência jurídica  $R$ , então, vale uma regra que tem  $C$  como suporte fático e  $R$  como consequência jurídica:  $C \Rightarrow R$ .

Com isso, as posições fundamentais jurídicas do direito fundamental que adquire primazia na relação de precedência condicionada, antes *prima facie*, ganham validade definitiva. Se o que se discute é a constitucionalidade de uma medida legislativa, em caso de o direito fundamental ganhar primazia em relação ao direito fundamental ou bem coletivo que fundamenta a medida mesma, esta deve ser declarada inconstitucional em razão da configuração de posição fundamental jurídica com validade definitiva. Caso a relação de precedência condicionada seja resolvida a favor do direito fundamental ou do bem coletivo que fundamenta a medida legislativa configuradora da intervenção, a medida mesma deve ser declarada conforme a Constituição.<sup>627</sup> Diante do exposto, a finalidade do princípio da proporcionalidade é garantir a proteção dos direitos fundamentais, diante das possibilidades fáticas e jurídicas.

#### **4. A IMPORTÂNCIA DA RACIONALIDADE AMBIENTAL COMO ELEMENTO DE COMPREENSÃO DA RELAÇÃO ENTRE O HOMEM E O MEIO AMBIENTE**

A partir de agora, é oportuno compreender a relação intrínseca entre o ser humano e a natureza. Trata-se de buscar compreender a complexidade do saber ambiental, da necessidade de uma racionalidade ambiental, mediante a capacidade de articular e incorporar as necessidades modernas do homem – ambiente. A racionalidade ambiental, segundo Leff,<sup>628</sup> “implica a formação de um novo saber e a integração interdisciplinar do conhecimento, para explicar o comportamento de sistemas socioambientais complexos.”

O que se percebe, atualmente, é o desafio do ser humano de conferir proteção ao meio ambiente, o desafio de inserir tarefas prioritárias na defesa ambiental. É a falta de consciência ecológica local e global que apontam para o surgimento da sociedade de risco.<sup>629</sup> O surgimento da

<sup>625</sup> GAVIÃO FILHO, Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação, *Op. Cit.*, p. 249.

<sup>626</sup> ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, *Op. Cit.*, p. 98-99.

<sup>627</sup> GAVIÃO FILHO, Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação, *Op. Cit.*, p. 250.

<sup>628</sup> LEFF, Saber ambiental, *Op. Cit.*, p. 145.

<sup>629</sup> BECK, Sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 10.

sociedade de risco<sup>630</sup> designa um estágio de transição do período industrial para o período de risco da modernidade, em que as ameaças sociais produzidas até então, começam a dominar o processo político, econômico e social da sociedade pós-industrial.

A teoria da sociedade de risco, característica da fase seguinte ao período industrial clássico, representa a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, sendo marcada pelo risco permanente de desastres e catástrofes. Acrescente-se, em razão do crescimento econômico, a catástrofe ambiental e o uso indiscriminado dos bens naturais, elementos que conduzem a atual sociedade moderna.<sup>631</sup>

Os tempos atuais são demarcados por uma sociedade pós-industrial dotada de complexidade, sendo produtora de riscos globais, dentre os quais o risco ambiental, que consiste em uma das espécies mais relevantes. Pode-se afirmar que uma das marcas da sociedade contemporânea consiste na “perda das certezas” produzidas pela modernidade, bem como na concomitante necessidade de construção e de controle de um futuro desejado.<sup>632</sup>

A sociedade de risco é aquela que caracteriza-se pelo conflito em torno do crescimento econômico. É marcada pelo conflito em torno da produção e distribuição de riscos (ecológicos). No entanto, há consciência do agravamento dos riscos ambientais, contudo, a visão antropocêntrica do ambiente acompanhada do fenômeno denominado *irresponsabilidade organizada*<sup>633</sup> exige que a sociedade aprenda a desenvolver mecanismos de defesa e controle de riscos que ameaçam a sua própria integridade. É nesse sentido que os mecanismos jurídicos devem observar e tomar decisões em um presente que, mesmo cercado de incertezas e com grande complexidade, exige o controle de riscos concretos ou abstratos e a construção de um futuro com bem-estar socioambiental. Sobre o controle de riscos, afirma Demajorovic:<sup>634</sup>

O reconhecimento social do risco, fruto de um processo de autorreflexão em relação aos fundamentos do contexto social e dos princípios dominantes da racionalidade, altera a forma de entender o próprio risco, muda a compreensão dos danos socioambientais e afeta, especialmente, as organizações industriais, entendidas como seu principal fato gerador. Enquanto a preocupação centra-se na solução de problemas isolados, como poluição de um rio ou do solo de determinada região, a estratégia tradicional de controle dos riscos continua a ser um instrumento útil para reduzir os danos socioambientais (riscos concretos). Porém, essa alternativa não é válida quando se trata de riscos potenciais associados a problemas complexos sobre os quais as informações disponíveis não são suficientes, como por exemplo, o aquecimento global ou a destruição das

<sup>630</sup> BECK, A reinvenção da política, *Op. Cit.*, p. 17-18.

<sup>631</sup> LEITE; PILATI; JAMUNDÁ. Estado de Direito Ambiental no Brasil, *Op. Cit.*, p. 612.

<sup>632</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. ver., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23.

<sup>633</sup> GOLDBLATT, *Op. Cit.*, p. 240.

<sup>634</sup> DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa*. 2. ed. São Paulo: Editora Senac, 2013, p. 44.

florestas tropicais. Nesse caso, o debate se dá em torno de problemas futuros (risco abstrato) uma vez que a avaliação de todo seu poder destrutivo ainda não se consolidou e as posições antagônicas sobre o real impacto dessas transformações ambientais se multiplicam.

O que se discute, nesse novo contexto, é a forma pela qual podem ser distribuídos os malefícios que acompanham o processo produtivo, ou seja, verifica-se a autolimitação desse tipo de desenvolvimento e a necessidade planejar os padrões de produção, bem como a de responsabilidade, segurança, controle, limitação e consequências do dano. A isso tudo, porém, somam-se os limites científicos de previsibilidade, quantificação e determinação dos danos. Deve-se atentar para as limitações da ciência no tocante à previsibilidade, quantificação e determinação dos danos.<sup>635</sup> Nesse sentido, pode-se afirmar que a sociedade moderna construiu um modelo de desenvolvimento e produtividade tão complexo que faltam meios tecnológicos que reorganizem e controlem esse desenvolvimento.

Esse processo de transformação da natureza causado pelas consequências negativas dos danos ambientais não são sentidas de forma mais concreta pela sociedade. Não em relação àquela sociedade da geração que contribuiu diretamente para o impacto. No paradigma atual, parece que o meio ambiente está muito distante, pois seus efeitos não são visualizados de imediato no dia a dia das pessoas.<sup>636</sup> A sociedade atual sofre o descaso dos danos ambientais provocados pelo passado; e essa mesma sociedade contribui para os impactos que serão sofridos por aquela que está por vir. Portanto, “a crise ambiental expressa o limite da ordem do real”<sup>637</sup>, na medida em que “somente o progresso moderno, como fato e ideia, surge a possibilidade de se considerar que todo o passado é uma etapa preparatória para o presente e de que todo o presente é uma etapa preparatória para o futuro.”<sup>638</sup> Essa complexidade da atual sociedade está intimamente relacionada com as ameaças decorrentes da sociedade industrial que contribuiu para os impactos ambientais e para a mudança no quadro tecnológico, político e ecológico.

Contudo, destaca Carvalho,<sup>639</sup> que na sociedade de risco, à qual não deixa de tratar-se de uma sociedade industrial, porém potencializada pelo desenvolvimento tecnológico-científico, há um incremento na incerteza quanto às consequências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos. Dessa maneira, essa nova forma social apresenta riscos transtemporais –

<sup>635</sup> LEITE, Sociedade de risco e Estado, *Op. Cit.*, p. 158.

<sup>636</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 178.

<sup>637</sup> LEFF, Saber ambiental, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>638</sup> JONAS, *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>639</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro, *Op. Cit.*, p. 25.

efeitos ilimitados temporalmente – de alcance global e invisibilidade aos sentidos humanos, com potencialidade catastrófica.

De fato, nessas afirmações, questiona-se as estratégias dessa sociedade para lidar com as inovações tecnológicas e científicas que, mesmo trazendo benefícios econômicos e sociais, estão causando riscos potencialmente não mensuráveis de alcance global. Há a necessidade de prudência e cautela da ciência nos processos que envolvam a problemática ambiental.

Pode-se dizer, acompanhando Leff,<sup>640</sup> que a crise que a sociedade moderna vive atualmente, é percebida como resultado do crescimento da população sobre recursos limitados da natureza. Ritmos de exploração e consumo que vêm esgotando as reservas e recursos naturais, gerando riscos que nem sempre são visíveis e perceptíveis aos seres humanos.

No atual contexto, oportuno destacar o entendimento de Leff:<sup>641</sup>

A problemática ambiental gerou mudanças globais em sistemas socioambientais complexos que afetam as condições de sustentabilidade do planeta, propondo a necessidade de internalizar as bases ecológicas e os princípios jurídicos e sociais para a gestão democrática dos recursos naturais. Estes processos estão intimamente vinculados ao conhecimento das relações sociedade-natureza: não só estão associados a novos valores, mas a princípios epistemológicos e estratégias conceituais que orientam a construção de uma racionalidade produtiva sobre bases de sustentabilidade ecológica e de equidade social. Desta forma a crise ambiental problematiza os paradigmas estabelecidos do conhecimento e demanda novas metodologias capazes de orientar um processo de reconstrução do saber que permita realizar uma análise integrada da realidade.

Como se vê, a questão ambiental demanda novas metodologias que possam orientar a construção do saber num amplo contexto de incertezas e imprecisões científicos. A questão ambiental é interdisciplinar o que permite uma concepção integrada do meio ambiente, na medida em que também a crise civilizacional se agrava na sociedade de risco.

Ao discorrer sobre o tema, Boff<sup>642</sup> aponta que há um descuido e um abandono dos sonhos de generosidade, bem como o menosprezo da solidariedade. São sintomas da crise civilizacional que aparece sob esses fenômenos, numa palavra que o autor resume de “falta de cuidado”.

Na realidade, percebe-se que as sociedades contemporâneas expõem-se a condições de desfavorabilidade social e institucionalmente de forma global e transtemporal, encontrando-se diante de riscos globais que são originários do desenvolvimento tecnológico, da exploração da biodiversidade ou da organização globalizada dos mercados sem pautas ecológicas definidas. Por

---

<sup>640</sup> LEFF, Epistemologia ambiental, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>641</sup> Idem, p. 62.

<sup>642</sup> BOFF, *Op. Cit.*, p. 18-19.



conta disso, os riscos se multiplicam, estendendo-se potencialmente em uma escala global, e afetando, também, os interesses das futuras gerações e a organização do próprio futuro.<sup>643</sup>

São problemas, que segundo Leite,<sup>644</sup> dependem claramente da função estatal, no sentido de organizar e facilitar o acesso aos canais de participação, gestão e decisão dos problemas e dos impactos oriundos da irresponsabilidade política no controle de processos econômicos de exploração inconsequente dos recursos naturais em escala planetária.

Nesse contexto, a constante tensão que relaciona ambiente e mercado e que proporciona quadros de intensa periculosidade, expressa-se na forma de riscos irreversíveis ou inseguráveis, que são originados de processos de decisão desenvolvidos em espaços institucionais de acentuado *déficit* democrático, com poder de vitimizar gerações em uma escala global. Tal situação é de difícil determinação pela ciência o que dificulta a proteção ambiental.<sup>645</sup>

Para esclarecer a extensão quanto ao contexto de incertezas e imprecisões que cercam a própria compreensão social e a sua regulação jurídica, Leite e Ayala<sup>646</sup> expõem que:

O fenômeno da irresponsabilidade organizada representa com clareza exatamente a ineficácia da produção e proliferação normativa em matéria de proteção do ambiente, como instrumento para o enfrentamento da crise ambiental, e dos desafios postos ao Direito do Ambiente nas sociedades de risco, e caracteriza os novos contornos da crise ambiental que se apresenta, dessa forma, como objeto renovado a esse Direito do Ambiente. A crise ecológica permite evidenciar que nas sociedades contemporâneas observa-se a emergência de novas feições de racionalidade social reveladas pela forma distinta pela qual o risco é assimilado e interpretado nessas sociedades. Esse dado diferencia essencialmente tais riscos e os relaciona intimamente aos novos problemas ambientais. Não só o direito de regulação mostra suas deficiências diante do problema do risco, mas a própria organização do modelo estadual, constituída ainda debaixo dos padrões de racionalidade e segurança, pouco aptos a lidar com padrões de imprevisibilidade, deve passar pela necessária revisão, que se repete cada vez mais. Tal situação do modelo estatal tende a conduzir o atual Estado de Direito a formas de comunicação cada vez mais difusas e multiplicativas com os diversos sistemas de diferenciação, para que esse Estado possa lidar de forma mais eficiente com um problema que é duplo.

Nesse sentido, Ayala,<sup>647</sup> ao remeter às questões que permeiam a organização, gestão e responsabilidades, afirma que a concretização das novas necessidades, (ecológicas) estas expressas com grande ênfase através do princípio da equidade intergeracional, dependem,

---

<sup>643</sup> AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helini Sivini; BORATTI, Larissa Verri. *Estado de Direito Ambiental: Tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 320-321.

<sup>644</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 160.

<sup>645</sup> Idem, *ibidem*; LEITE; AYALA, Direito ambiental na sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>646</sup> LEITE; AYALA, Direito ambiental na sociedade de risco, *Op. Cit.*, 26.

<sup>647</sup> AYALA, A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global, *Op. Cit.*, p. 322.

necessariamente, da composição de uma tríade de condições estruturadas em novos modelos e metodologias de decisão, privilegiando assim, modelos de gestão democrática dos riscos, informação e participação, propostos como alternativas para a regulação jurídica dos interesses das futuras gerações e do próprio futuro, mediante soluções que priorizem um novo modelo de responsabilidades compartilhadas (solidariedade), tal como preconizado pelo artigo 225 *caput*, e § 1º da Constituição Federal de 1988.

A menção expressa constitucionalmente de que, “para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público” uma série de deveres de proteção, exerce uma função ambientalmente amiga do Estado de Direito e, com isso, o Estado democrático ambiental opera de forma a levar o meio ambiente como um critério de aferição para a tomada de decisões<sup>648</sup> De outra banda, conforme esclarece Leite,<sup>649</sup> o Direito Ambiental exerce uma função meramente figurativa na sociedade de risco, operando de forma simbólica diante da necessidade de uma efetiva proteção do meio ambiente. Entretanto, conforme elucida, alguns instrumentos possibilitam a gestão dos novos riscos ambientais, encontrando-se previstos pelo Direito Ambiental Brasileiro, havendo apenas a necessidade de sua efetiva implementação.<sup>650</sup>

Ao discorrer sobre o tema, atentando para a complexidade da sociedade e a efetiva proteção ambiental, Canotilho<sup>651</sup> afirma que, “além de ser e dever ser um Estado de direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos”. Da mesma forma, o autor afirma que esse Estado ecológico deve apontar para novas formas de participação política, em uma verdadeira democracia sustentada. Uma democracia sustentada consiste em um processo que informe adequadamente as novas exigências de desenvolvimento ambientalmente justo e duradouro e, que ofereça condições de participação popular nas discussões acerca das tomadas de decisão nas questões que envolvem a proteção do meio ambiente.

A possibilidade de adotar-se uma concepção integrada do meio ambiente favorece o desenvolvimento de um conceito de Direito Ambiental integrativo e, como consequência, opera substantivas modificações na forma como os instrumentos jurídicos são concebidos, definidos e implementados pelo Estado.<sup>652</sup>

Nesse sentido, como esclarece Canotilho,<sup>653</sup> uma gestão integrativa do meio ambiente, ligada à ideia de justiça intergeracional, de direitos de futuras gerações e solidariedade apontam

---

<sup>648</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro, *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>649</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 161.

<sup>650</sup> *Idem*, p. 162.

<sup>651</sup> CANOTILHO, Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada, *Op. Cit.*, p. 31-32.

<sup>652</sup> LEITE; AYALA. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica, *Op. Cit.*, p. 227.

<sup>653</sup> CANOTILHO, Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada, *Op. Cit.*, p. 32.

para a conformação do Estado constitucional ecológico, o qual visa a criar e disponibilizar meios que promovam à proteção do meio ambiente.

Contudo, o dever de proteção do direito fundamental ao meio ambiente não deve constituir-se como tarefa exclusiva do Estado, mas sim, pressupor a noção de responsabilidade compartilhada no sentido de que a comunidade deve usufruir das condições de bem-estar e qualidade de vida, abstendo-se de qualquer comportamento que possa degradar ou desestabilizar os elementos da natureza. Há, assim, um dever recíproco de proteção ambiental, um agir integrativo e compartilhado que obriga o Estado e a coletividade preservar o ambiente, especialmente perante os riscos constantes que agravam a crise ambiental.

A complexidade da sociedade faz emergir a necessidade de se abordar novas possibilidades que contemplem a complexidade ambiental nessa nova relação do homem com o meio ambiente. Nessa perspectiva, mister a abordagem de alguns dilemas éticos ambientais que cercam a pauta de discussão da interação homem-natureza, como o antropocentrismo alargado, o economicocentrismo e a ecologia profunda.

A razão humana situa o ser humano em uma irrefragável posição de proeminência sobre a natureza. O fato de o ser humano não agir tão instintivamente como os demais seres vivos, podendo decidir a maioria de suas ações, faz com que possa subjugar a natureza, transformando-a de acordo com as suas necessidades. Não raro, que o destino de todo o Planeta está dependendo de decisões humanas, considerando a complexidade da mencionada Teoria da Sociedade de Risco.<sup>654</sup>

A proeminência humana, caracterizada pelo antropocentrismo, possibilita ao ser humano a escolha de seu *modus vivendi*. É aí que reside toda a complexidade ambiental, especialmente a partir da década de 70. O estilo de vida humano, baseado preponderantemente em valores econômicos, causou impactos no ambiente nunca vivenciados em toda a história.<sup>655</sup>

Existem diversos enfoques éticos relacionados à temática ambiental. Entretanto, dois principais discursos que merecem ser trazidos à tona, diz respeito ao antropocentrismo e a ecologia profunda (*deep ecology*). O antropocentrismo pode ser desmembrado em economicocentrismo e em antropocentrismo alargado.<sup>656</sup>

O antropocentrismo clássico considera o homem como centro do mundo, a medida de todas as coisas, o ponto de convergência e de irradiação de todos os valores.<sup>657</sup> A ética

---

<sup>654</sup> LEITE; PILATI; JAMUNDÁ. Estado de Direito Ambiental no Brasil, *Op. Cit.*, p. 621.

<sup>655</sup> Idem, *ibidem*, p. 622.

<sup>656</sup> Idem, *ibidem*, p. 622.

<sup>657</sup> SILVA, Robson José da. *Paradigma Biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 199.

antropocêntrica é fundamentada no pensamento Kantiano, um paradigma que defende “o fim em si mesmo”, ou seja, o homem é o sujeito de direitos em qualquer relação, seja ela com o Estado ou com os demais indivíduos na corrente da vida.

A dimensão economicocêntrica “reduz o bem ambiental a valores de ordem econômica, fazendo com que qualquer consideração ambiental tenha como “pano de fundo” o proveito econômico pelo ser humano.”<sup>658</sup>

A dimensão antropocêntrica alargada destaca a responsabilidade do ser humano com a natureza, à qual deve ser defendida e preservada para no interesse de todos. Assim, Leite<sup>659</sup> acentua que:

O antropocentrismo alargado, mesmo centrando as discussões a respeito de ambiente na figura do ser humano, propugna por novas visões do bem ambiental. Assim, centra a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano, renegando uma estrita visão econômica do ambiente. O “alargamento” dessa visão antropocêntrica reside justamente em considerações que imprimem ideias de autonomia do ambiente como requisito para a garantia de sobrevivência da própria espécie humana.

De fato, como esclarece Silva,<sup>660</sup> não há que se confundir o antropocentrismo clássico com o antropocentrismo alargado, pois aquele promove algumas pessoas, submete outras e considera o ambiente como coisa a ser saqueada.

Por outro lado, a ecologia profunda (*deep Ecology*) representa as premissas do paradigma biocêntrico,<sup>661</sup> visando integrar o ser humano à natureza.

Tal concepção tem o propósito de romper com a ideia de que a razão humana pode fazer escolhas no sentido de subjugar a natureza. Na realidade, pode-se afirmar que vai mais além: visa a desconsiderar o ser humano como o centro do universo, a proeminência do homem sobre a natureza.<sup>662</sup>

Seu primeiro pressuposto é integrar o homem ao meio ambiente, superando-se a concepção de que a natureza é mero objeto de direitos,<sup>663</sup> a ideia é a de construir uma concepção integrada e interconectada com os valores ambientais, bem como com o desenvolvimento sustentável e a equidade intergeracional.

---

<sup>658</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 163.

<sup>659</sup> Idem, 163.

<sup>660</sup> SILVA, Robson José da. *Op. Cit.*, p. 202.

<sup>661</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 71.

<sup>662</sup> LEITE; PILATI; JAMUNDÁ. Estado de Direito Ambiental no Brasil, *Op. Cit.*, p. 622.

<sup>663</sup> STEIGLEDER, *Op. Cit.*, p. 72.

Na lição de Capra,<sup>664</sup> não existe nada de forma isolada, tudo está interligado como um todo. É um paradigma ecológico emergente. Assim, afirma:

O novo paradigma pode ser chamado de uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas. Pode também ser denominado visão ecológica, se o termo “ecológica” for empregado num sentido muito mais amplo e mais profundo que o usual. A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos. A ecologia profunda não separa seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida.

Os defensores de uma visão biocêntrica do meio ambiente apontam fundamentos teóricos, filosóficos e éticos para a defesa do direito dos animais e da natureza.<sup>665</sup> Nessa perspectiva, Boff<sup>666</sup> esclarece o seguinte:

Experimentamos os seres como sujeitos, como valores, como símbolos que remetem a uma realidade fontal. A natureza não é muda. Fala e evoca. Emite mensagens de grandeza, beleza, perplexidade e força. O ser humano pode escutar e interpretar esses sinais. Coloca-se ao pé das coisas, *junto* delas e a elas sente-se unido. Não existe, coexiste com todos os outros. A relação não é de domínio *sobre*, mas de con-vivência. Não é pura intervenção, mas inter-ação e comunhão.

A ecologia profunda relega a concepção mecanicista baseada em Ciências que têm como objetos cognoscíveis realidades estanques; busca uma compreensão do mundo de forma holística, na qual o “eu” e a natureza não são distintos. No campo do Direito a ecologia profunda traz novas categorias que versam sobre a proteção subjetiva de animais e plantas.<sup>667</sup>

Como esclarece Leite,<sup>668</sup> o homem ainda não se concebe na forma propugnada pela ecologia profunda, pois, o modo de vida humano não permite que o mesmo abandone a ideia de que o ambiente é, de alguma forma, servil.

Foi demonstrado que mediante o desenvolvimento da ecologia, a intervenção do homem não só destruíra os recursos ambientais não renováveis, mas também poderia trazer perigo à estruturação e ao equilíbrio do ser humano na Terra.<sup>669</sup>

<sup>664</sup> CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 25-27.

<sup>665</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 182.

<sup>666</sup> BOFF, *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>667</sup> LEITE; PILATI; JAMUNDÁ. Estado de Direito Ambiental no Brasil, *Op. Cit.*, p. 623.

<sup>668</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 165.

Nesse contexto, a tendência atual é evoluir-se e avançar no sentido de se assegurar uma proteção jurídica à natureza, mas não recusando uma compreensão ética acerca de nós mesmos, como esclarecem Leite e Ayala.<sup>670</sup>

A constatação de que o Direito, em especial a Constituição, só passou a tratar de concepções ambientais nas últimas décadas é uma realidade, sendo o aspecto econômico muito presente em boa parte dos Estados.<sup>671</sup>

Como se verifica, a concepção econômica é ainda muito valorizada por boa parte do mundo, sendo compreensível que a proteção ambiental ainda fique, na esfera jurídica, refém das necessidades de ordem econômica. Não seria diferente na Constituição Federal, que, mesmo consagrando um Estado Social de Direito, não deixa de contemplar amplamente pressupostos de um Estado Liberal, considerando a perspectiva vigente nessa sociedade atual de mercado globalizado.<sup>672</sup>

Desse modo, não se poderia esperar que a Constituição Federal de 1988, em que pese a sua avançada concepção de ambiente e a sua busca pela formação de um Estado Socioambiental de Direito, não se direcionasse também por uma visão antropocêntrica do ambiente. Contudo, importante observar, que a nossa Carta não se ateve a uma visão antropocêntrica de matriz economicocêntrica de meio ambiente. Não contemplou o meio ambiente como mero instrumento para o proveito econômico e a geração de riquezas.<sup>673</sup>

Quando a Constituição federal afirma que *todos têm direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, o Direito que ali se grava contém elevadas doses antropocêntricas. A palavra “todos” está a se referir aos humanos que a partir do texto constitucional têm o direito fundamental ao equilíbrio ambiental. Equilíbrio que se deixa inscrever como um valor e como um direito humano.<sup>674</sup>

No *caput* do artigo 225 não se vislumbra a ruptura antropocêntrica que se está a propalar; entretanto, trata-se de um alargamento dessa visão que acentua a responsabilidade do homem pela natureza e justifica a atuação deste como guardião da biosfera. Neste dispositivo, salienta-se a proteção à função ecológica da flora e da fauna, bem como a proibição de atos que levem à extinção ou submetam os animais à crueldade (inciso VII).<sup>675</sup>

---

<sup>669</sup> LEITE; AYALA, Direito ambiental na sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>670</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>671</sup> LEITE; PILATI; JAMUNDÁ. Estado de Direito Ambiental no Brasil, *Op. Cit.*, p. 623.

<sup>672</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 166.

<sup>673</sup> *Idem*, p. 166.

<sup>674</sup> SILVA, Robson José da. *Op. Cit.*, p. 208.

<sup>675</sup> *Idem*, p. 208; LEITE; AYALA, Direito ambiental na sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 56.

O artigo 225 estabelece uma visão ampla de ambiente, atribui-lhe inegável caráter de *macrobem*, pois não se restringe ao conjunto de bens materiais (florestas, lagos rios), pelo contrário, confere-lhe um caráter de unicidade e de titularidade difusa que engloba todos os seres vivos. O meio ambiente passa a ser concebido com um valor intrínseco que está interligado a própria qualidade de vida humana. Desse modo, faz emergir uma solidariedade de interesses entre o homem e a comunidade biótica de que faz parte, de maneira interdependente e integrante.<sup>676</sup>

Fica claro que o ambiente é tratado como bem de interesse comum da coletividade, sendo sua proteção dependente da responsabilidade compartilhada entre o Estado, mas também pela coletividade.<sup>677</sup> Na realidade, a perspectiva antropocêntrica alargada considera o ambiente além da perspectiva de interesse comum da coletividade, com efeito, ressalta-se que abrange também a tutela do meio ambiente e a sua conservação, com ideais éticos de solidariedade e de sustentabilidade intergeracional.

Leite<sup>678</sup> observa que a abordagem antropocêntrica alargada está diretamente vinculada ao direito intergeracional, como esclarece:

O direito intergeracional, estatuído no art. 225 da Constituição da República, corrobora a adoção do antropocentrismo alargado. O pacto de preservação do ambiente que deve dar-se entre toda a coletividade e o Estado (responsabilidade compartilhada) não se restringe a benefícios atuais, mas, sim, a benefícios para as imemoriáveis futuras gerações, proporcionando não uma concepção de preservação utilitarista, haja vista que passa a haver um arrefecimento da ideia de preservação pelo benefício (pois os sujeitos beneficiados são abstratos), senão a reafirmação de uma perspectiva autônoma do meio ambiente.

Como observado, o antropocentrismo alargado inclui a responsabilidade do homem para com a natureza e com a equidade geracional (solidariedade), e, ainda, a necessidade de valores e fundamentos éticos em relação aos outros seres. O meio ambiente como um *macrobem* não pode ser visto como simples objeto, conferindo ao homem a capacidade de fazer o que bem entender. Nesse sentido, uma ética antropocêntrica alargada e intergeracional é capaz de mudar o processo comunicativo entre o homem e o meio.<sup>679</sup>

Com efeito, em virtude da vulnerabilidade e da complexidade da natureza, Jonas<sup>680</sup> defende uma ética do futuro, apontando para o princípio da responsabilidade como característica primordial de uma nova ética para a humanidade. A necessidade e a preocupação com o futuro

<sup>676</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 167; LEITE; AYALA, Direito ambiental na sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>677</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 168.

<sup>678</sup> Idem, p. 168-169.

<sup>679</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 185.

<sup>680</sup> JONAS, *Op. Cit.*, p. 72-74.

que se constroi a partir de projeções incertas e inseguras, como os riscos ambientais produzidos pela sociedade de risco, obrigam a sociedade tecnológica a visualizar os efeitos de longo prazo, bem como mobilizar o sentimento adequado à representação com o objetivo de ultrapassar o pensamento individualista experimentado no passado.

Notadamente, verifica-se uma necessidade de debater sobre os novos valores e princípios que são trazidos na contemporaneidade,<sup>681</sup> tendo em vista a abrangência de uma série de dispositivos constitucionais que dizem respeito à proteção ambiental, direta ou indiretamente tratam da proteção jurídica do bem ambiental.

Nesse sentido, é necessário, como esclarece Leite,<sup>682</sup> que se formule uma política de meio ambiente ancorada por princípios que vão se formando a partir das complexas questões suscitadas pela crise ambiental. Esse viés caracteriza-se pela responsabilidade do homem como guardião da biosfera, independentemente de sua utilidade para a espécie humana.

A doutrina vem apontando como princípios estruturantes do Estado Socioambiental de Direito o princípio da precaução, o princípio da prevenção, o princípio da responsabilização, o princípio do poluidor-pagador, o princípio da participação, o princípio da cidadania, o princípio da democracia, o princípio da informação, o princípio da proibição do retrocesso ecológico.<sup>683</sup> Assim, sendo, far-se-á um recorte dos mais destacados princípios que estruturam o Direito Ambiental.

No entanto, ao analisar referidos princípios, percebe-se que a solidariedade encontra-se presente como um princípio fundante, inserido de forma direta ou transversal em todos os demais. Por conta disso, o princípio da solidariedade constitui o marco teórico-jurídico do Estado Socioambiental de Direito, ou seja, confere maior legitimidade aos princípios estruturantes, possibilitando maior transparência, racionalidade e objetividade à argumentação judicial, o que não exclui, por conseguinte, os demais.

#### 4.1 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES INDISPENSÁVEIS A UMA NOVA RACIONALIDADE AMBIENTAL

A crise ambiental e os riscos mais recentes não ocorrem de forma isolada, o que leva a constatar que a tutela da dignidade humana não pode ser vista tão somente no indivíduo, mas também deve avançar para uma compreensão ecológica, uma dimensão coletiva. Desde logo, verifica-se que o princípio da solidariedade surge como um instrumento de peso, atrelado à ideia

---

<sup>681</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 182.

<sup>682</sup> *Idem*, p. 182.

<sup>683</sup> LEITE; AYALA. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica, *Op. Cit.*, p. 229.



de direitos-deveres. Obriga que referidos direitos e deveres sejam garantidos ou cumpridos em prol das gerações futuras, caracterizando a dimensão intergeracional.

Nesse cenário, o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é condição para a qualidade de vida em geral. Como apontam Leite e Ayala,<sup>684</sup> “para que ocorra o equilíbrio ecológico, é necessário um esforço conjunto, de todas as esferas do corpo social, assim como o Poder Público, com o intuito de formar uma união de forças multilaterais no sentido de minimizar os impactos ambientais”.

Não obstante, a efetivação da tutela ambiental passa, necessariamente, pelas disposições constitucionais, pois são elas que exprimem valores básicos na sociedade e estruturam as complexas questões trazidas pela crise ambiental. Assim, é importante destacar a função dos princípios, na medida em que vinculam e estruturam a atividade de interpretação e de aplicação do direito pelo intérprete.

A ideia em torno da expressão *princípios estruturantes* deve-se ao fato da necessidade de se referirem ao núcleo essencial do direito ambiental, objetivando garantir a base de sua fundamentação teórica.<sup>685</sup> Segundo Canotilho,<sup>686</sup> os princípios estruturantes do direito constitucional possuem duas dimensões: a primeira, *constitutiva*, que proporciona uma compreensão global da ordem constitucional, exprimem, indicam e direcionam a ordem constitucional; a segunda, *declarativa*, que assumem “a natureza de superconceitos, de vocábulos designantes, utilizados para exprimir a soma de outros subprincípios e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas”.

Os princípios estruturantes, assim como os subprincípios que os densificam e concretizam, constituem princípios ordenadores positivamente vinculantes. Por seu turno, os princípios estruturantes não ficam adstritos em capítulo próprio “dos Princípios Fundamentais” da ordem constitucional, pelo contrário, expressam-se no conjunto global normativo da Constituição.<sup>687</sup>

Neste diapasão, ao abordar os princípios estruturantes do direito ambiental, não há como não mencionar a doutrina constitucional, até porque ela constitui o alicerce da raiz ecológica que vem expressa no artigo 225 da nossa Carta. Por outro lado, ao se tratar de um Estado (Socioambiental de Direito) em fase de construção e amadurecimento normativo e jurisprudencial, faz-se necessário, quando relevante para o enriquecimento deste trabalho, a incursão em

---

<sup>684</sup> Idem, ibidem, p. 230.

<sup>685</sup> LEITE; AYALA. Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>686</sup> CANOTILHO, Direito constitucional e Teoria da Constituição, *Op. Cit.*, p. 1173-1184.

<sup>687</sup> Idem, p. 1187.

declarações internacionais, direito estrangeiro como forma de aperfeiçoar o debate ora proposto. Alguns princípios serão estudados de forma conjunta em virtude da relação intrínseca entre eles, como é o caso dos princípios da democracia, da cidadania, da informação, da educação e da participação popular ambiental.

O engajamento político dos cidadãos, através de uma democracia participativa ecológica, com vistas à tomada de consciência na promoção e na proteção do meio ambiente, constitui o marco normativo-constitucional que permite ao cidadão participar das atividades da Administração Pública, defendendo os interesses da natureza. Assim, a partir de uma perspectiva democrática, os cidadãos tornam-se protagonistas na tutela ambiental, titulares de uma cidadania ambiental, desempenhando um importante papel nas tomadas de decisão que envolvam o bem-estar socioambiental.

Inicialmente, pode-se recorrer ao artigo 1º da Constituição Federal de 1988 que caracteriza o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito. Trata-se de fórmula composta, cujas adjetivações se conjugam para identificar a feição estatal, a que se pode acrescentar o caráter “social”, extraído da leitura completa do texto constitucional.<sup>688</sup>

O componente democrático traz à mente, de imediato, a ideia de “governo do povo para o povo”. Ou seja, o termo “democrático” é habitualmente associado aos aspectos de formação do governo, ao modo pelo qual são escolhidos aqueles que tomam as decisões em nome do povo. A esse enfoque ligam-se os diversos mecanismos pelos quais se ampliam as possibilidades de participação do povo na escolha dos governantes.<sup>689</sup>

De acordo com Medauar<sup>690</sup>, a partir da metade da década de 50 do século XX, começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com a democracia que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos. Emergiu a ideia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas. Verificou-se que havia, com frequência, grande distanciamento entre as concepções políticas de democracia vigentes num país e a maneira com que ocorriam as atuações da Administração: perante esta, o indivíduo continuava a ser considerado como súdito, não como cidadão dotado de direitos. Passou a haver, então, uma pregação doutrinária em favor da democracia administrativa, que pode ser incluída na chamada democracia de funcionamento ou operacional. Em vários ordenamentos estrangeiros e também no

---

<sup>688</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 26.

<sup>689</sup> Idem, p. 26.

<sup>690</sup> Idem, p. 26-27.

brasileiro muitas normas e medidas vêm sendo implantadas para que a democracia administrativa se efetive. Isso porque o caráter democrático de um Estado, declarado na Constituição, deve influir sobre o modo de atuação da Administração, para repercutir de maneira plena em todos os setores estatais.

Com efeito, Fensterseifer<sup>691</sup> esclarece que o princípio democrático está no âmago do Estado de Direito contemporâneo. Todo o pensamento constitucional contemporâneo, especialmente no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, também está pautada pela perspectiva democrática. Nesse contexto, o artigo 1º, inciso II da Constituição Federal destaca como um dos seus fundamentos, a cidadania, como princípio fundamental que constitui o Estado Democrático de Direito.<sup>692</sup>

A partir dessa perspectiva, é de se destacar que a Constituição brasileira no seu parágrafo único do mesmo artigo registra que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Isso denota uma perspectiva democrático-participativa da sociedade à qual repolitiza e legitima o processo da tomada de decisão de todo o sistema estatal.

Corroborando com essa análise, Bonavides<sup>693</sup> destaca que “a democracia participativa é direito constitucional progressivo e vanguardeiro”. “É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos”. Para o notável constitucionalista, o cidadão é considerado, nesse sistema, o povo, a soberania, a nação, o governo; instância que há de romper a seqüência histórica na evolução do regime representativo, promovendo a queda dos modelos anteriores e preparando a passagem a uma democracia direta, de natureza legitimamente soberana e popular.<sup>694</sup> Com efeito, Bonavides<sup>695</sup> destaca ainda, que a teoria da democracia participativa é a teoria do constitucionalismo de emancipação; é teoria radicalmente nacional e patriótica, em que a globalização e o neoliberalismo dissolvem os valores da sociedade democrática e constitucional e conjuram por uma sociedade recolonizada e submissa ao capital internacional.

Sob essa perspectiva, a construção de um Estado Socioambiental de Direito passa, necessariamente, pelas disposições constitucionais, pois são elas responsáveis por fortalecer a

---

<sup>691</sup> FENSTERSEIFER, Direitos fundamentais e proteção do ambiente, *Op. Cit.*, p. 120-121.

<sup>692</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n°s 1/92 a 64/2010, pelo Decreto n° 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n°s 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 13.

<sup>693</sup> BONAVIDES, Teoria constitucional da democracia participativa, *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>694</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 34-35.

<sup>695</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 41.

democracia participativa, exprimem valores e possibilitam maior proximidade entre o Estado e a sociedade no processo democrático de proteção do meio ambiente. Com acerto, destaca Leite<sup>696</sup>, que “a consecução do Estado de Direito Ambiental passa obrigatoriamente pela tomada de consciência global da crise ambiental e exige uma cidadania participativa, que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental”. Trata-se de uma responsabilidade solidária e participativa entre o Estado e os cidadãos no processo de preservação do meio ambiente.

Assinalado o papel central da democracia participativa no exercício dos direitos fundamentais socioambientais, caracterizada por revitalizar e fortalecer o princípio democrático<sup>697</sup>, constitui-se em um dos principais instrumentos normativos que legitima a decisão estatal nas questões que envolvam à proteção do meio ambiente. Com acerto, destaca Leite<sup>698</sup> que “a participação redonda na transparência do processo, legitima a decisão ambiental, contribuindo de maneira profunda para a conscientização da crise ambiental”. Destaca o autor que a democracia ambiental participativa e solidária pressupõe, ainda, um cidadão informado e uma coletividade que detenha como componente indispensável à educação ambiental.

Contribuindo para o esclarecimento do processo democrático participativo ambiental, Fensterseifer<sup>699</sup> esclarece que a natureza transindividual das questões que circundam a temática ecológica impõe um processo democrático e transparente para que as decisões políticas tomadas tenham legitimidade e fundamento constitucional. Toda e qualquer atividade lesiva ao ambiente, antes de ser efetivada, deve ser subordinada a um processo decisório democrático, dando-se voz e vez a todos os representantes dos grupos sociais interessados na questão. Significa que a intensidade da participação do cidadão nos processos relativos a questões ambientais depende, necessariamente, de uma maior qualidade e quantidade de informações acerca das atividades potencialmente causadoras da degradação ambiental.

Nessa leitura, como forma de conferir importância ao processo democrático nas questões que tratam da proteção do meio ambiente, o princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento declara o importante papel de todos os cidadãos nos processos de

---

<sup>696</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado. *Op. Cit.*, p. 175.

<sup>697</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>698</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 175.

<sup>699</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 122.

tomada de decisões relativas ao meio ambiente, inclusive o acesso às informações sobre atividades potencialmente causadoras de danos ambientais, afirmando que:<sup>700</sup>

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

No presente estudo, tecidas algumas considerações sobre o tema, propõe-se uma análise da importância da participação democrática e cidadã na tutela do meio ambiente, destacando-se também o princípio do acesso à informação ambiental como componente a promover o exercício da democracia participativa.

A cidadania constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, fundamentada a partir da Constituição Federal de 1988 no artigo 1º, inciso II, ganhando novo significado. O termo cidadania traz a ideia de participação na vida do Estado, que se exterioriza precipuamente pelo exercício dos direitos políticos. Com o advento da Constituição Federal de 1988 surge o Estado Democrático e Social de Direito, que exige uma participação mais efetiva do povo na vida e nos problemas do Estado. O cidadão é aquele que participa dos negócios do Estado. Dessa forma, a cidadania ganha um sentido mais amplo do que o simples exercício do voto.<sup>701</sup> De fato, a nova cidadania ambiental é mais abrangente e não está circunscrita espacialmente a determinado território ou ligada a um determinado povo oriundo da significação clássica de nação; ela tem como objetivo comum a proteção intercomunitária do bem difuso ambiental, fugindo dos elementos referidos da cidadania clássica.<sup>702</sup>

---

<sup>700</sup> A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo se reunido no Rio de Janeiro no ano de 1992, reafirmou a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e buscando avançar a partir dela, com o objetivo de estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar. Disponível em : < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. htm>. Acesso em 03.01.2013.

<sup>701</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 241.

<sup>702</sup> LEITE; AYALA, Direito ambiental na sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 317.

Nessa perspectiva, a proteção do bem ambiental deve estar fundada no princípio da solidariedade e na participação ativa dos cidadãos, incluindo aí, a cooperação<sup>703</sup> entre os diversos grupos sociais, tanto em níveis locais, como globais, uma vez que é necessária a integração político-social para o efetivo exercício da cidadania em favor do interesse comum de proteger e defender o meio ambiente.

Assim, para edificar e estruturar o Estado Socioambiental de Direito pressupõe-se o exercício democrático da cidadania ambiental, exercida de forma individual e coletiva com a finalidade de defender os interesses do meio ambiente. Registra-se que, a partir do comando constitucional do *caput* do artigo 225, a defesa do ambiente pela sociedade civil não se constitui apenas de mero voluntarismo e altruísmo de uns poucos idealistas, mas toma a forma de dever jurídico fundamental, revelando a dupla natureza de direito e dever fundamental da abordagem constitucional conferida à proteção do ambiente.<sup>704</sup>

Fica claro que diante dessa caracterização constitucional a cidadania guarda relação com a democracia. Assim, a cidadania significa uma ação que permite ao cidadão participar da vida do Estado. A cidadania é o exercício da construção do bem comum realizada pelos cidadãos. Cidadania é participação. O Estado Democrático e Social de Direito exige uma maior participação do cidadão, vez que a própria esfera de atuação estatal é ampla, envolvendo a garantia de liberdades negativas e positivas.<sup>705</sup> Assim, conforme leciona Leite<sup>706</sup>, “na construção do Estado democrático, na vertente ambiental, deve imperar um sistema legislativo que viabilize a coletividade a participar das decisões ambientais, obter informações indispensáveis para a tomada de consciência e emitir opiniões sobre o tema”.

No Estado Socioambiental de Direito, as decisões e ações políticas são orientadas e determinadas a partir de um filtro constitucional de valores e de princípios de natureza ecológica. No entanto, para que tais valores constitucionais sejam implementados, deve-se transportá-los do universo cultural para espaço político e jurídico, depositando tal responsabilidade de “transposição” a cargo não apenas do Estado, mas também dos atores privados.<sup>707</sup>

Assim, corroborando para tal entendimento, Belchior<sup>708</sup> afirma que:

---

<sup>703</sup> Derani destaca o princípio da cooperação como um valor marcante do direito ambiental. cfe. DERANI, *Op. Cit.*, p. 251.

<sup>704</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 123.

<sup>705</sup> SIQUEIRA JÚNIOR; OLIVEIRA. *Op. Cit.*, p. 249.

<sup>706</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

<sup>707</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 124.

<sup>708</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 217.

Em razão de a roupagem do direito ao meio ambiente sadio ser de bem difuso e de uso comum do povo, nada mais legítimo do que conferir ao próprio povo instrumentos de fiscalização, proteção e participação, a serem exercidos por meio do *princípio da cidadania ambiental*. Percebe-se, pois, que o princípio da cidadania ambiental é corolário do princípio da democracia ambiental.

Nesse passo, ao propor uma democracia participativa ecológica, o Estado Socioambiental de Direito pressupõe uma sociedade civil politizada, criativa e protagonista do cenário político estatal, reclamando por um cidadão autônomo, participativo e não-submisso à máquina estatal e ao poder econômico.<sup>709</sup> É assim que se obtém a cidadania ambiental e a própria realização da dignidade da pessoa humana, exteriorizada pela participação política na tomada das decisões acerca da matéria ambiental.

Cabe ressaltar que a difusão da cidadania ambiental só ocorrerá com a transformação do modo de pensar e viver do próprio homem, que deverá inserir nos seus valores relevantes o viver em harmonia com o sistema ecológico. Verifica-se que, além dos elementos básicos liberdade e democracia, a cidadania ambiental requer uma visão consciente e solidária do cidadão como um bem indispensável à sua sobrevivência.<sup>710</sup>

Assim, como o princípio da participação popular, o acesso à informação também é um pressuposto essencial ao exercício da cidadania ambiental. Como visto anteriormente, para o efetivo exercício da democracia participativa é importante que a informação seja de qualidade e que possa contribuir para a eficaz participação do cidadão no processo democrático de defesa e preservação do meio ambiente.

Nessa esteira, destaca Fensterseifer,<sup>711</sup> que “no horizonte do Estado Socioambiental de Direito, toma forma também o princípio do acesso à informação ambiental, como componente essencial ao exercício pleno da democracia participativa ecológica”. Ressalta-se que a participação popular completa-se com o acesso à informação ambiental. Somente o cidadão informado adequadamente sobre questões ambientais é que será capaz de participar das decisões políticas em matéria ambiental.

A informação conforma a própria esfera de liberdade do indivíduo. Especialmente num mundo como o de hoje, onde a informação circula de forma desordenada e complexa, somente o

---

<sup>709</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 124.

<sup>710</sup> LEITE; AYALA, *Direito ambiental na sociedade de risco, Op. Cit.*, p. 324.

<sup>711</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 125-126.

acesso à informação possibilitará ao indivíduo e ao grupo social como um todo tomarem partido no jogo político<sup>712</sup>.

Enfatizando a sua importância, Bonavides<sup>713</sup> afirma que o direito à informação constitui-se em direito fundamental de quarta geração, assim como o direito à democracia e ao pluralismo, uma vez que, para a realização desses direitos fundamentais, há a necessidade de se concretizar a sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Nesse quadro, Fensterseifer<sup>714</sup> esclarece que o acesso à informação ambiental enfrenta duas dimensões distintas para a sua concretização. A primeira diz respeito propriamente ao acesso à informação sobre determinados dados e fatos (por exemplo, na hipótese da construção de uma hidrelétrica em área de Mata Atlântica,<sup>715</sup> o estudo de impacto ambiental, os dados sociais, antropológicos, econômicos, ambientais.); a segunda, ao falseamento de informações que os meios de comunicação (pagos que são pelos grandes empreendedores) se encarregam de produzir, manipulando e deformando a opinião pública à vontade do interesse econômico. [...].

O acesso à informação constitui significativo avanço nos processos democráticos em que privilegia a participação popular. Com efeito, Leite<sup>716</sup> destaca que na vertente ambiental, deve imperar um sistema legislativo que viabilize à coletividade a participar das decisões ambientais, que a mesma obtenha informações indispensáveis para a tomada de consciência e emitir opiniões sobre o tema. Assim, é que se constroi o Estado Democrático de Direito.

Ao abordar essa questão, Graf<sup>717</sup> afirma que:

O direito à informação constitui um indicador significativo dos avanços em direção a uma democracia participativa: oponível ao Estado, comprova a adoção do princípio da publicidade dos atos administrativos; sob o ponto de vista do cidadão, é instrumento de controle social do poder e pressuposto da participação popular, na medida em que o habilita a interferir efetivamente nas decisões governamentais e, se analisado em conjunto com a liberdade de imprensa e banimento da censura, também funciona como instrumento de controle social do poder.

<sup>712</sup> Idem, p. 126.

<sup>713</sup> BONAVIDES, Curso de direito constitucional, *Op. Cit.*, p. 590.

<sup>714</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 126.

<sup>715</sup> A hipótese referida converteu-se em trágica realidade no Caso Barra Grande, onde, para a construção de uma hidrelétrica, uma área dos mais bem preservados e biologicamente ricos fragmentos de Floresta Ombrófila Mista do Estado de Santa Catarina (com Araucárias), formação florestal integrante do Bioma da Mata Atlântica, foi omitido no estudo de impacto ambiental (EIA) e relatório de impacto ambiental (RIMA) apresentados ao IBAMA para a obtenção da licença de operação do empreendimento. PROCHNOW, Miriam (org.). *Barra Grande: a hidrelétrica que não viu a floresta*. Rio do Sul/SC: APREMAVI, 2005 (*apud* FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 126).

<sup>716</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 185.

<sup>717</sup> GRAF, Ana Cláudia Bento. O direito à informação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito ambiental em evolução*, vol. 1, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 13-14.



Nesse sentido, verifica-se a necessidade de instrumentalizar e viabilizar o acesso à informação ambiental. O cidadão tem o direito de participar das decisões governamentais que tratam da matéria ambiental. É um direito fundamental que a Constituição Federal assegura a partir de seu artigo 5º, inciso XIV que diz: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Nesses termos, Machado<sup>718</sup> destaca que “o direito à informação é, ao mesmo tempo, de cada um e de todos, sendo que a primeira parte do art. 5º, XIV, da CF não se direciona com exclusividade aos meios de comunicação social. A informação jornalística está tratada, de forma especial, no art. 220, *caput* e seus seis §§, da CF”.

Também, o artigo XXXIII do mesmo dispositivo constitucional menciona o direito à informação, dispondo o seguinte: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Nessa esteira, cabe registrar, conforme leciona Machado,<sup>719</sup> que há diferença do direito à informação tratada no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, daquela apontada no artigo 5º, inciso XXXIII. “No inciso XIV afirma-se a possibilidade de conhecimento de fatos da esfera pública, seja eles oriundos de particulares ou dos órgãos públicos”; prossegue esclarecendo que “a esfera pública da informação é aquela que não está na zona da intimidade e da vida privada das pessoas ou da imagem e da honra das mesmas (art. 5º, X), mas diz respeito a outras atividades das pessoas, como também do próprio Estado” [...]. Poder-se-ia enxergar redundância do inciso XXXIII com relação ao inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal. Contudo, “não se vislumbra repetição ou redundância, porque, enquanto o inciso XIV possui caráter geral, assegurando o direito à informação perante o particular ou o Estado, o inciso XXXIII enfatiza o direito a acessar a informação exclusivamente perante os órgãos públicos”.<sup>720</sup>

Mais especificamente em relação à informação ambiental, pode-se destacar o artigo 225, § 1º, que estabelece o dever do Poder Público, como forma de assegurar efetividade do direito fundamental ao ambiente: “exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto

---

<sup>718</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53.

<sup>719</sup> Idem, *ibidem*, p. 54.

<sup>720</sup> BARBOSA, Sandra Pires. *Direito à informação e controle social da atividade econômica*, RDA 225/57-73. Rio de Janeiro, 2001 (*apud* MACHADO, *Op. Cit.*, p. 56).

ambiental, a que se dará *publicidade*” (inciso IV); e “promover a *educação ambiental* em todos os níveis de ensino e a *conscientização pública* para a preservação do meio ambiente” (inciso VI).<sup>721</sup>

Além desses preceitos constitucionais, observam-se dispositivos referentes ao direito de informação também em legislação ordinária. Assim, relativamente à matéria ambiental, podem ser destacadas as Leis n°s 6.938/81 e 7.347/85. Na lei da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81), dois dispositivos são importantes, conforme esclarecem Leite e Ayala<sup>722</sup>:

Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

V – (...) à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico.

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

VII – o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente”.

A Lei n° 7.347/85 (que trata da ação civil pública) também reservou dispositivos que se encontram em sintonia com o direito ao acesso a informações ambientais. Certamente, o artigo 8º da referida lei é o que melhor ilustra tal sintonia: “Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 dias”.<sup>723</sup>

Esses são alguns dispositivos que tratam do direito ao acesso às informações ambientais; observa-se, dessa forma, que houve preocupação por parte do legislador na formulação de leis que informam o cidadão sobre matéria ambiental, especialmente no que diz respeito à necessidade de preservação ambiental e equilíbrio ecológico.

O direito à informação sobre questões ambientais, conforme o exposto até então, é assegurado tanto em esfera constitucional como em esfera infraconstitucional. Todos os cidadãos devem exercê-lo para que possam habilitar-se, da maneira mais adequada, a defender o meio ambiente.<sup>724</sup>

Outro aspecto importante que se manifesta conjuntamente com o princípio da informação é o princípio da educação ambiental, que foi inserido na legislação brasileira inicialmente por meio da Lei n. 6.938/81 e, logo após, pela Carta Política em seu artigo 225, § 1º, VI, ao atribuir ao Poder Público a realização da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.<sup>725</sup> Posteriormente, deu-se a

<sup>721</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 127. [grifos do autor].

<sup>722</sup> LEITE; AYALA, *Direito ambiental na sociedade de risco, Op. Cit.*, p. 332.

<sup>723</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 332.

<sup>724</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 333.

<sup>725</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 218.

publicação da Lei 9.795/99, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental. Em seu artigo 1º conceitua educação ambiental como:<sup>726</sup>

Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Observa-se que a educação ambiental é um instrumento, um meio para transformar a mentalidade do homem, construindo valores e conhecimentos, exigindo transformações íntimas e complexas da relação entre ele e o meio ambiente.<sup>727</sup>

A Política Nacional da Educação Ambiental assevera que esta pode ser implantada pelo meio formal e não formal. Conforme o seu artigo 9º, a educação ambiental deve ser inserida obrigatoriamente e formalmente nos currículos das instituições de ensino público e privado, englobando a educação básica, superior, especial e profissional.<sup>728</sup>

Fensterseifer<sup>729</sup> destaca a importância da educação ambiental para uma existência digna, plena e saudável. Assim, ressalta:

Em verdade, trata-se de uma educação para o futuro, ou seja, para construir um futuro de plenitude e concretização do espírito humano, o que, necessariamente, passa pela conscientização de todos acerca da necessidade de uma reconciliação entre o “animal humano”, a sua racionalidade e o seu meio natural. Dessa forma, a educação deve ser tomada como elemento determinante para os rumos da nossa História futura. História que cabe a todos construir. Uma existência humana digna e saudável coloca-se no horizonte almejado pela educação, ou seja, deve-se educar para uma vida comum plena, onde todos sejam portadores de condições existenciais capazes de potencializar ao máximo o espírito humano.

A educação ambiental amplia a consciência, estimulando-a na missão de conscientização dos valores ambientais, bem como sobre os problemas ambientais em nível nacional e internacional. Aponta caminhos para uma ação conjunta na esfera política, jurídica e social para a superação de tais desafios. Dentro dessa perspectiva, a incorporação de novos valores são fundamentais para estimular uma política ambiental participativa e cidadã.

Outros mecanismos considerados importantes para a tutela ambiental são os princípios da precaução e da prevenção. Não restam dúvidas, como esclarece Leite,<sup>730</sup> que os princípios da atuação preventiva e da precaução, de fato, são irmãos da mesma família, e que ambos possuem

<sup>726</sup> LEITE; AYALA, Direito ambiental na sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 326-327.

<sup>727</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.* p. 219.

<sup>728</sup> Idem, p. 219.

<sup>729</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>730</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 198.

lados de uma mesma moeda. Trata-se de pontos de destaque da política ambiental, exercendo funções relevantes na gestão dos riscos ambientais. Tais princípios conectam-se ao objetivo da equidade intergeracional, como forma de melhor relação com um futuro e com o bem ambiental.

Com base no princípio da precaução, sempre que houver perigo da ocorrência de um dano grave ou irreversível, a ausência de certeza científica absoluta não pode ser invocada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes, a fim de impedir a degradação ambiental.<sup>731</sup>

Observando o princípio da precaução com o princípio da atuação preventiva, distinguem-se no sentido de que o primeiro exige uma proteção antecipatória do ambiente ainda num momento anterior àquele em que o princípio da prevenção impõe uma atuação preventiva, requerendo que os perigos comprovados sejam eliminados.<sup>732</sup>

O princípio da precaução exige uma atuação racional, para com os bens ambientais e com a mais cuidadosa apreensão dos recursos naturais, que vai além de simples medida para afastar o perigo.<sup>733</sup> Com efeito, o princípio da precaução impõe, por providência, que sejam tomadas medidas cautelares relativamente às atividades, aos produtos, aos projetos ou instalações “suspeitas” de ter provocado um dano, ou de poder vir a provocá-lo.<sup>734</sup> Na verdade, como esclarece Derani<sup>735</sup> é uma “precaução contra o risco”, que tem como objetivo prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. O emprego deste princípio está anterior à manifestação do perigo. Assim, “precaução ambiental é necessariamente modificação do modo de desenvolvimento da atividade econômica”.<sup>736</sup>

Por outro lado, o princípio da prevenção implica então a adoção de medidas previamente à ocorrência de um dano concreto, cujas causas são bem conhecidas, com o intuito de evitar a verificação desses danos, ou, pelo menos, de minorar significativamente os seus efeitos.<sup>737</sup>

O princípio da prevenção encontra-se previsto no artigo 225, § 1º, inciso V da Constituição Federal, bem como na Lei de Biossegurança, no seu artigo 1º da Lei 11.105/2005. Assim, trata-se de um dos princípios mais importantes na seara do direito ambiental.

Fiorillo<sup>738</sup> destaca a importância do princípio da prevenção, pois, como observa, constitui-se de preceito fundamental, expressado no artigo 225 da nossa Carta, e, consubstancia-se

---

<sup>731</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>732</sup> ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da união europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

<sup>733</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>734</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 71.

<sup>735</sup> DERANI, *Op. Cit.*, p. 150.

<sup>736</sup> *Idem*, p. 150.

<sup>737</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 73.

por meio de uma consciência ecológica que deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental. Além disso, o Estado exerce papel fundamental na efetiva prevenção do dano, devendo, dessa forma, ser um estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente. Também, ressalta que deve haver incentivos fiscais às atividades que atuem em parceria com o meio ambiente, bem como maiores benefícios às que utilizam tecnologias limpas.

Importante salientar que ambos os princípios, prevenção e precaução podem ser aplicados de forma concomitante, pois, apesar de objetivos distintos, os dois atuam como instrumentos antecipatórios na gestão do risco ambiental.<sup>739</sup>

Oportuno salientar também que os princípios do poluidor-pagador e da responsabilização ocupam características relevantes na proteção do meio ambiente, uma vez que os responsáveis por possíveis danos ao meio ambiente serão responsabilizados pela atuação lesiva. Como explica Leite,<sup>740</sup> de nada adiantariam ações preventivas e precaucionais se eventuais responsáveis pelo dano ao meio ambiente não fossem compelidos a executar seus deveres ou responder por suas ações. Desta forma, quem causa dano ambiental deve ser responsabilizado, pelo instituto da responsabilização.

A premissa deste princípio caracteriza-se da seguinte forma: quem causa dano ao meio ambiente deve responder por suas ações. Belchior<sup>741</sup> esclarece que a responsabilização é corolária da gestão antecipatória do risco ambiental, visto que, caso a possibilidade de reparação do dano não existir, de nada adiantariam as atuações preventivas e precaucionais.

Leite e Ayala<sup>742</sup> observam que, na atual sociedade de risco a exigência de segurança é maior, visto que se verifica a ausência de um sistema eficaz de compensação. A sociedade atual exige que o poluidor seja responsável pelos seus atos, ao contrário do que prevalecia no passado quanto ao uso ilimitado dos recursos naturais e culturais.

Nesta acepção, “há que se atualizar o instituto da responsabilização em seus vários tipos, civil, administrativo, penal e até intercomunitário e ligá-lo aos efeitos transfronteiriços da poluição, visando a alcançar um Estado, interna e externamente, mais aparelhado e mais justo, do ponto de vista ambiental”.<sup>743</sup>

---

<sup>738</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126-127.

<sup>739</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 210.

<sup>740</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 208.

<sup>741</sup> BELCHIOR, *Op. Cit.*, p. 211.

<sup>742</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>743</sup> *Idem*, p. 59.

O princípio do poluidor-pagador pode ser compreendido como um mecanismo que visa internalizar os custos externos dos impactos negativos ambientais associados à atividade econômica. Em essência, este princípio fornece o fundamento dos instrumentos de política ambiental de que os Estados lançam mão para promover a internalização dos custos ambientais vinculados à produção e comercialização de bens e serviço.<sup>744</sup>

Observa-se que o princípio do poluidor-pagador tem reflexos na economia ambiental, na ética ambiental, na administração pública ambiental e no direito ambiental, uma vez que tenta imputar na economia de mercado e no poluidor custos ambientais e, com isso, visa a combater a crise em suas origens ou na fonte.<sup>745</sup>

O princípio do poluidor-pagador, em muitas situações, funciona como uma ferramenta eficaz que permite aos Estados conduzirem os atores econômicos a arcar com todos os custos dos impactos negativos da produção de bens e serviços mesmo antes que estes venham a acontecer.<sup>746</sup> Além disso, tal princípio induz os Estados a promover uma melhor alocação dos custos de prevenção e controle, razão pela qual sua aplicação é considerada importante para orientação geral do Direito Ambiental de se evitar episódios que venham degradar o meio ambiente.<sup>747</sup>

Por fim, caberá ao Judiciário, importante papel de resolução de disposições relativas à preservação ambiental; questões complexas que demandam uma compreensão ampla e atualizada, no sentido de exercer a efetiva tutela ambiental, responsabilizando eventuais causadores dos danos.

Por seu turno, o princípio da proibição do retrocesso ecológico merece destaque na seara de proteção ambiental. Não obstante, os avanços e as conquistas jurídico-sociais, especialmente no tocante aos direitos fundamentais contribuíram para a concretização da dignidade da pessoa humana e aos direitos da própria natureza.

O ser humano caminha na perspectiva de ampliação da salvaguarda da dignidade humana, conformando a ideia de um “patrimônio existencial” de índole jurídico-política, consolidado ao longo do seu percurso histórico, para aquém do qual não há que se retroceder. A proibição de retrocesso ambiental, da mesma forma como ocorre com a proibição de retrocesso social, está imbricada ao princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança ou mesmo de previsibilidade no enquadramento normativo das relações jurídicas (as garantias constitucionais do

---

<sup>744</sup> WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23.

<sup>745</sup> LEITE; AYALA, Dano ambiental, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>746</sup> SAMPAIO; WOLD; NARDY, *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>747</sup> *Idem*, p. 25.

direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como os limites matérias à reforma constitucional são expressão do princípio constitucional da segurança jurídica).<sup>748</sup>

O princípio da proibição do retrocesso ambiental, em geral, encontra-se presente nos direitos fundamentais. O objetivo, segundo Fensterseifer,<sup>749</sup> é vincular o legislador infraconstitucional ao poder constituinte, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição, ou seja, garantir a estabilidade institucional e jurídica no que concerne aos direitos fundamentais do cidadão. Segundo Sarlet,<sup>750</sup> referido princípio encontra guarida nas disposições constitucionais, além de encontrar previsão na doutrina e na jurisprudência. Conforme observa, o princípio do retrocesso é um fenômeno que se manifesta além da seara dos direitos fundamentais sócias; são diversas as possibilidades que envolvem uma noção abrangente do referido princípio, como na seara do direito ambiental.

Notadamente, referido princípio tem por objetivo garantir a qualidade e a segurança ambiental, especialmente em razão das conquistas e valores reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma garantia constitucional do cidadão em face da atuação dos poderes públicos, com o intuito de salvaguardar os seus direitos fundamentais (socioambientais) consagrados pela Constituição.

Nessa esteira, como destaca Teixeira,<sup>751</sup> o princípio da proibição de retrocesso visa melhorar a qualidade ambiental, é uma garantia assegurada aos indivíduos – presentes e futuras gerações. Como explica, a atuação do poder Público é a de respeitar e de promover os direitos fundamentais, e qualquer medida regressiva que importe em prejuízos à qualidade ambiental deve ser combatida, impedindo o retrocesso ambiental.

Acerca do tema, manifesta-se Sarlet e Fensterseifer:<sup>752</sup>

Na medida em que a proibição de retrocesso socioambiental se coloca como “blindagem protetiva” em face da atuação dos poderes públicos, no âmbito das suas funções legislativa, administrativa e judiciária, pode-se conceber a sua incidência sobre a própria estrutura administrativa e organizacional do Estado voltada à promoção de determinado direito fundamental. Com base em tal entendimento, determinado ato administrativo que culminasse por reduzir em demasia – portanto, de forma desproporcional – a estrutura administrativa hoje existente para a tutela ecológica, impossibilitando a fiscalização e a adoção de políticas públicas ambientais de modo minimamente suficientes para salvaguardar tal direito fundamental, estaria por violar a proibição de retrocesso socioambiental.

<sup>748</sup> FENSTERSEIFER, *Op. Cit.*, p. 258.

<sup>749</sup> *Idem*, p. 258-259.

<sup>750</sup> SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 437-439.

<sup>751</sup> TEIXEIRA, *Op. Cit.*, p. 122-124.

<sup>752</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, Direito constitucional ambiental, *Op. Cit.*, p. 203.

Acerca do tema, Molinaro<sup>753</sup> prefere chamar de “princípio da proibição da retrogradação socioambiental”, pois, como explica, “retrogradar expressa melhor a ideia de retroceder, de ir para trás, no tempo e no espaço”, especialmente quando o objetivo do direito ambiental é a de proteger, promover e de evitar a degradação do ambiente, e, portanto, deve-se coibir a retrogradação que representa uma violação dos direitos humanos e uma transgressão a direitos fundamentais.

Ainda, aduz Molinaro<sup>754</sup> que o “princípio de proibição da retrogradação socioambiental é o sintagma proposicional de todos os demais princípios do direito ambiental”; portanto, para caracterizá-lo “não devem conformar atos de poder, mas sim atos de cooperação e solidariedade do ser humano no “lugar de encontro” em que está inserido.

Portanto, o princípio da proibição do retrocesso ecológico ou ambiental guarda importância ímpar na efetivação do direito fundamental ao meio ambiente. Assume importância na qualidade socioambiental, como expressão da sadia qualidade de vida e da dignidade humana. Como se vê, referido princípio filia-se como um dos estruturantes no Estado Socioambiental de Direito, imprescindível para a realização das funções sociais e ambientais do novo paradigma estatal, bem como expressa a noção de solidariedade para as presentes e futuras gerações.

Assim, ao discutir alguns dos princípios que estruturam o Direito Ambiental, bem como a realização do direito fundamental, pode-se visualizar que todos (Poder Público e a coletividade) de forma direta ou indiretamente inserem-se nesse processo de defesa do ambiente, há um compromisso entre ambos, devendo ir além do estágio atual, ou seja, para uma dimensão intergeracional.

#### 4.2 AS POSSIBILIDADES DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA RACIONALIDADE AMBIENTAL: UMA INTERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA EQUIDADE INTERGERACIONAL DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

O desenvolvimento de um conceito integrativo do direito ambiental, conforme enuncia Canotilho,<sup>755</sup> aponta para a necessidade de uma visão global sistemática que não se reduza a uma perspectiva de defesa isolada dos componentes ambientais; pelo contrário, a sua defesa requer abordagens de caráter ampla do ambiente, com fundamentos éticos explícitos ou implícitos que possam acompanhar um entendimento multitemático da problemática ambiental.

---

<sup>753</sup> MOLINARO, *Op. Cit.*, p. 67-68.

<sup>754</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>755</sup> CANOTILHO, Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada, *Op. Cit.*, p. 36.



Um entendimento multitemático implica uma ponderação ou balanceamento dos direitos e interesses envolvidos de uma forma substancialmente inovadora. Desse modo, a concepção integrativa do ambiente pressuporá uma avaliação integrada dos danos ambientais, ou seja, nas dimensões ambientais e particulares, público ou privados.<sup>756</sup>

Um direito de ambiente integrativo produz consequências na forma de atuação dos instrumentos jurídicos do Estado Socioambiental de Direito. A ponderação de bens e interesses surge em uma perspectiva multitemática, sendo por natureza mais complexa e conflitual.<sup>757</sup>

A problemática ambiental, ensina Leff,<sup>758</sup> “abriu um processo de transformação do conhecimento, expondo a necessidade de gerar um método para pensar de forma integrada e multivalente os problemas globais e complexos, assim como a articulação de processos de diferente ordem de materialidade”. Nesse sentido, o direito ambiental tem a missão de ampliar a sua esfera de atuação para além dos elementos que, isoladamente, compõem o macrobem ambiental, contribuindo, dessa forma, para a juridicização de instrumentos aptos a garantir um nível adequado de proteção ao meio ambiente.<sup>759</sup>

Como aponta Canotilho,<sup>760</sup> surge a necessidade de compatibilizar os instrumentos imperativos e cooperativos, da articulação de regras de caráter jurídico e estritamente vinculadas ao princípio da legalidade, mas atentas às condições concretas da chamada “elasticidade situativa”.

A concepção integrativa do ambiente é um pressuposto básico essencial aos fins estabelecidos pelos Tratados da Comunidade Europeia e da União Europeia quanto à política do ambiente e a alcance de um nível elevado de proteção; a concepção integrativa do ambiente aponta para uma nova visão do futuro, com um plano centrado nos problemas nucleares do desenvolvimento sustentado, justo e duradouro.<sup>761</sup>

Nessa senda, o desenvolvimento de novos padrões que orientem os valores e comportamentos na complexidade socioambiental, permitirá a reconstrução e uma reformulação de ideias que reconheçam o valor intrínseco do ambiente. A formação da consciência ambiental vai além da perspectiva intrageracional, pois, implica a obrigação da presente geração em garantir a transmissão, às gerações vindouras, dos valores ambientais e novos paradigmas sobre as relações sociais para com a natureza.

---

<sup>756</sup> Idem, p. 37.

<sup>757</sup> Idem, p. 37.

<sup>758</sup> LEFF, Saber ambiental, *Op. Cit.*, p. 56-57.

<sup>759</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 178.

<sup>760</sup> CANOTILHO, Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada, *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>761</sup> Idem, *ibidem*, p. 37.

A equidade intergeracional é um elemento importante de inserção do futuro no direito ambiental; é o comprometimento com a dimensão temporal futura, formando feixes de direitos e obrigações não somente entre os membros da presente geração, como também entre as gerações passadas e futuras.<sup>762</sup> Como se vê, “é o ponto de acoplamento estrutural” em que os laços de solidariedade entre as gerações se ligam “para constituir um dever fundamental de prevenção, ou seja, um dever transgeracional capaz de formar vínculos obrigacionais com o futuro”.<sup>763</sup>

A equidade intergeracional surgiu com a preocupação global de garantir os direitos das futuras gerações ao meio ambiente natural, dando-se início a partir da Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, no ano de 1972.<sup>764</sup>

As presentes gerações não podem deixar para as gerações vindouras um déficit ou esgotamento dos recursos naturais aos quais foram recebidos pela geração passada. Esse é um princípio de “justiça ambiental, fundado essencialmente sobre a equidade e a igualdade dos cidadãos”.<sup>765</sup> A equidade intergeracional pode ser expressada como uma ideia de justiça, solidariedade entre as gerações. Kiss<sup>766</sup> ressalta a importância desse princípio em face dos problemas ambientais: significa uma “justiça para com as pessoas que vivem no presente, justiça para com a Humanidade futura e justiça para com os seres vivos não-humanos”.

A equidade intergeracional pode ser visualizada em inúmeros instrumentos internacionais, tais como: a Carta das Nações Unidas, a Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre Diversidade Biológica, entre outros instrumentos ligados a ideia de dignidade, igualdade e solidariedade, transcendendo os limites temporais e espaciais das presentes gerações.<sup>767</sup>

A equidade intergeracional no acesso aos bens ambientais, segundo Machado,<sup>768</sup> cerca-se de indeterminação; não é tarefa fácil encontrar um posicionamento equânime a respeito do tema. Assim, é relevante citar o autor:

<sup>762</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro, *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>763</sup> CARVALHO, Délton Winter de. A tutela constitucional do risco ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; BORATTI, Larissa Verri (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 268.

<sup>764</sup> Idem, p. 269.

<sup>765</sup> KISS, Alexandre. Justiça ambiental e religiões cristãs. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48.

<sup>766</sup> Idem, p. 48.

<sup>767</sup> CARVALHO, Délton Winter de. A tutela constitucional do risco ambiental, *Op. Cit.*, p. 269.

<sup>768</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 92.

A equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização espacial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das gerações vindouras. Um posicionamento equânime não é fácil de ser encontrado, exigindo considerações de ordem ética, científica e econômica das gerações atuais e uma avaliação prospectiva das necessidades futuras, nem sempre possíveis de serem conhecidas e medidas no presente.

Nesse sentido, o princípio da equidade intergeracional “coloca os interesses de indivíduos que sequer formam concebidos sob a tutela do direito ambiental, tendo a presente geração a obrigação jurídica de satisfazer suas necessidades de desenvolvimento sem, no entanto, comprometer as necessidades das futuras gerações”.<sup>769</sup>

Há, na verdade, diversas orientações acerca desse princípio que variam de acordo com a visão de mundo e com os argumentos éticos assumidos pelos defensores, tais como: argumento utilitarista de mercado que, de forma geral aplica o critério de eficiência ou custo benefício, de forma a maximizar a exploração dos recursos naturais existentes e minimizar seus custos; o modelo hobbesiano ou realista que trata das questões ambientais como as mudanças climáticas como sendo decorrentes das relações de poder entre as nações, de forma que os Estados tendem a impor os custos de sua responsabilidade aos outros num permanente estado de guerra; o modelo comum equitativo defende que tanto os benefícios quanto os males da civilização devem ser igualmente distribuídos entre todos.<sup>770</sup>

A inserção do princípio da equidade intergeracional “consiste exatamente na configuração de uma nova estruturação das bases temporais da teoria jurídica, necessária à implementação e efetivação dos “novos direitos”, mediante a formação de vínculos e controle do futuro pelo direito ambiental”.<sup>771</sup>

No texto constitucional, o princípio da equidade intergeracional encontra-se previsto no seu artigo 225, onde preceitua que o meio ambiente como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, estabelece a obrigação de todos a defender os interesses das próximas gerações.

O princípio da equidade intergeracional funciona como um mecanismo que promove uma interação entre o passado para as tomadas de decisão no presente, pois cada vez mais as tomadas de decisão devem levar em conta os valores sociais, tais como a dignidade da pessoa humana, o

---

<sup>769</sup> CARVALHO, Délton Winter de. A tutela constitucional do risco ambiental, *Op. Cit.*, p. 270.

<sup>770</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 53-55.

<sup>771</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro, *Op. Cit.*, p. 66.

meio ambiente, riscos ecológicos etc.<sup>772</sup> Além da equidade intergeracional, importante mencionar os princípios da prevenção e da precaução, na medida em que esses instrumentos dialogam com o presente e com o futuro dos problemas ambientais. Nesse sentido, aponta Carvalho:<sup>773</sup>

A consciência do potencial construtivo do direito ambiental é fundamental para o intérprete, que, mediante os princípios da prevenção, precaução e equidade intergeracional, deve inserir o horizonte futuro (necessidades ambientais das futuras gerações) em suas pré-compreensões decisórias. Essa racionalidade dúplice fomenta a abertura do direito para a consideração futura nas suas decisões, e a *equidade intergeracional*, atua exatamente como elemento propulsor da comunicação jurídica acerca do risco em matéria ecológica. A partir da noção de *equidade intergeracional*, não há apenas a formação de vínculos com o futuro, mas, sobretudo, vínculos intergeracionais envoltos sob a forma jurídica.

Nesse sentido, favorecer a institucionalização de mecanismos mais compatíveis com a complexidade dos problemas ambientais, priorizando a gestão dos riscos, é um dos objetivos do Estado Socioambiental de Direito.<sup>774</sup> Conforme assinala Beck,<sup>775</sup> “riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se, sobretudo, um componente *futuro*.” Com a cultura da incerteza e dos riscos,<sup>776</sup> possibilitar a jurisdicização de instrumentos capazes de garantir um nível de proteção adequado ao meio ambiente, fortalecendo os enfoques preventivo e precaucional, é necessário para a sociedade moderna, bem como o diálogo e a participação sob essa nova forma de conceber os riscos ambientais.<sup>777</sup>

De fato, a falta de conhecimento científico e a incerteza implicam uma “irritação no direito”,<sup>778</sup> para lidar com os danos e riscos ecológicos produzidos por essa mesma sociedade.<sup>779</sup> Assim, duas formas de risco ecológico, sobre os quais o Estado atua, emergem na formação da sociedade contemporânea. Conforme assinalado por Beck,<sup>780</sup> existem riscos concretos ou potencial, sendo visíveis e previsíveis, “potencialmente globais no âmbito de seu alcance”. São riscos, segundo Beck, que vão se acumulando em intensidade e complexidade através das gerações; e, riscos abstratos “distintos dos riscos ecológicos modernos”, são riscos invisíveis e imprevisíveis para a percepção humana.

---

<sup>772</sup> Idem, p. 69.

<sup>773</sup> Idem, p. 69.

<sup>774</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>775</sup> BECK, Sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>776</sup> Idem, p. 322.

<sup>777</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>778</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro, *Op. Cit.*, p. 72.

<sup>779</sup> Idem, p. 72.

<sup>780</sup> GOLDBLATT, *Op. Cit.*, p. 232-233.

Os riscos concretos são riscos calculáveis pelo conhecimento vigente; são passíveis de uma avaliação científica segura acerca da dimensão do dano.<sup>781</sup> “São riscos para os quais o conhecimento científico acumulado é capaz de determinar sua existência e dimensões”.<sup>782</sup> Sendo assim, pode-se afirmar que os riscos concretos possuem a certeza de periculosidade.

De outra banda, os riscos abstratos são marcados pela invisibilidade, como primeira característica, visto tais riscos fugirem à percepção dos sentidos humanos, bem como há uma ausência de conhecimento científico seguro sobre suas dimensões. Outra característica é a imprevisibilidade – riscos para os quais o conhecimento científico não é capaz de identificar a sua previsibilidade.<sup>783</sup>

Na colocação de Carvalho,<sup>784</sup> os riscos concretos e abstratos que a sociedade de risco produz acarreta a formação de uma comunicação jurídica acerca desses riscos sob a noção normativa trazida pela prevenção *lato sensu* que abarca os princípios da prevenção e da precaução. Com isso, esclarece o autor, a prevenção intermedeia a decisão e o risco.

O *caput* do artigo 225 da Constituição Federal expressa a importância dos princípios da prevenção e da precaução como elementos indispensáveis ao dever objetivo de se exigir o controle e a produção de substâncias que comportem risco para a saúde e o meio ambiente. Enquanto a prevenção trata das possibilidades de gerenciar os riscos concretos, a precaução busca gerir os riscos abstratos. É uma distinção importante na comunicação acerca do gerenciamento do risco tanto pelo administrador quanto pelo responsável pela tomada de decisão.

Considerando essas afirmações, Leite<sup>785</sup> diferencia atuação preventiva como sendo um mecanismo para a gestão dos riscos, voltado, especificamente, para inibir os riscos reais, concretos ou potenciais, sendo esses visíveis e previsíveis pelo conhecimento humano. De outra banda, o autor esclarece que o princípio da precaução opera no primeiro momento dessa função *antecipatória, inibitória e cautelar*, em face do risco abstrato, que pode ser considerado risco de dano, sendo, por muitas vezes, de difícil visualização e previsão.

Nesse sentido, o objetivo fundamental que o princípio da prevenção persegue é, fundamentalmente, “a proibição da repetição da atividade que já se sabe perigosa”.<sup>786</sup> Dessa forma, a atuação preventiva, tal como a precaucional, permite uma ação antecipatória de atividade lesiva ao meio ambiente, ou seja, busca criar condições para que o dano ambiental não ocorra.

---

<sup>781</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro, *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>782</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>783</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>784</sup> *Idem*, p. 76-77.

<sup>785</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 200. (grifo nosso)

<sup>786</sup> LEITE; AYALA, Direito ambiental na sociedade de risco, *Op. Cit.*, p. 71.

O princípio da prevenção é considerado como uma “regra de ouro” do Direito Ambiental, e implica, em tese, a proibição de contaminar ou, quando isso for inevitável, a redução de efeitos nocivos ao meio ambiente.<sup>787</sup> Na visão de M. C. Santos, J. E. Dias e M. A. Aragão, o princípio da prevenção se manifesta da seguinte forma:

O princípio da prevenção é especialmente importante na proteção do ambiente pois é uma regra de mero bom senso aquela que determina que, em vez de contabilizar danos e tentar repará-los, se tente sobretudo evitar a ocorrência de danos, antes de eles terem acontecido. Este princípio corresponde ao aforismo popular “mais vale prevenir do que remediar”.<sup>788</sup>

Conforme Leite<sup>789</sup> em análise aos autores Kiss e Shelton, o princípio da prevenção implica um mecanismo antecipatório e de gestão de riscos na forma de desenvolvimento da atividade econômica, sendo incontestável a sua atuação quanto à avaliação dos aspectos ambientais negativos. Trata-se, portanto, de regra de ouro da política ambiental, considerando o ponto de vista ecológico e por razões econômicas.

Canotilho<sup>790</sup>, ao analisar as tarefas preventivas do Estado, referentes à proteção do ambiente, destaca que o Estado tem o dever de combater os perigos concretos incidentes sobre o ambiente, a fim de garantir e proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente, como o direito à vida, à integridade física.

Dessa forma, saliente-se que a tarefa de atuar preventivamente deve ser vista como uma responsabilidade compartilhada, como já enfatizado anteriormente, exigindo a atuação de todos os setores da sociedade, cabendo ao Estado adotar instrumentos normativos e política ambiental preventiva. Outrossim, cabe salientar a importância de todos os cidadãos no dever de participar e influir nas políticas ambientais, adotando medidas preventivas a fim de proteger o direito fundamental ao meio ambiente saudável.<sup>791</sup>

O princípio da precaução (*vorsorgeprinzip*) tem sua origem no Direito alemão desde os anos 70, ao lado do princípio da cooperação e do princípio do poluidor-pagador.<sup>792</sup> De acordo com Reh binder, citado por Machado,<sup>793</sup> “a Política Ambiental não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente ou iminente (proteção contra o perigo), mas faz com que a poluição seja

<sup>787</sup> LUCHESE, Celso Umberto. *Considerações sobre o princípio da precaução*. 1. ed. São Paulo: SRS Editora, 2011, p. 53.

<sup>788</sup> Idem, p. 53.

<sup>789</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 200.

<sup>790</sup> CANOTILHO, Estudos sobre direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 188.

<sup>791</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 201.

<sup>792</sup> MACHADO, Direito Ambiental Brasileiro, *Op. Cit.*, p. 98-99.

<sup>793</sup> REHBINDER, Eckard. *Ambiente. Economia, Diritto*, Rimini, Maggioli Editore, 1988, p. 205-221. (*apud* MACHADO, Direito Ambiental Brasileiro, *Op. Cit.*, p. 99).

combatida desde o início (proteção contra o simples risco) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro”.

O princípio da precaução, nascido com a lei alemã de proteção contra emissões de 1974, consta do renomado princípio 15 da “Declaração do Rio”, documento adotado pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992. Esse enunciado, provavelmente o mais célebre,<sup>794</sup> merece um destaque especial no que diz respeito a proteção do ambiente. Assim, o princípio 15 diz: “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.<sup>795</sup>

O princípio da precaução também consta no âmbito internacional, como na Convenção da Diversidade Biológica à qual observa que quando existir ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça; também consta na Convenção das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, onde ressalta que medidas de precaução devem ser adotadas pelas Partes, para prever ou minimizar as causas da mudança de danos sérios ou irreversíveis, sendo que a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas.<sup>796</sup>

De acordo com Winter,<sup>797</sup> o princípio da precaução ganhou uma dimensão material e uma dimensão instrumental:

uma dimensão material na qual consequências distantes tanto em tempo como em lugar, danos a bens particularmente sensíveis, meros distúrbios e pouca probabilidade de dano devem ser investigados na avaliação de risco. A dimensão instrumental refere-se ao arsenal de medidas pertinentes. *Precaução* significa, neste contexto, que as melhores técnicas disponíveis de minimização de dano devem ser aplicadas, independentemente de sua previsibilidade.

Esse princípio funciona como uma espécie de *in dubio pro ambiente*: uma regra, que na dúvida sobre a periculosidade de uma certa atividade para o ambiente, decide-se a favor do

<sup>794</sup> SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco Ecológico Abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014, p. 249.

<sup>795</sup> Idem, p. 249.

<sup>796</sup> MACHADO, Direito Ambiental Brasileiro, *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>797</sup> WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em Direito Internacional, Direito da Comunidade Europeia e Direito Nacional. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144.

ambiente contra o potencial poluidor, isto é, o ambiente prevalece sobre uma atividade potencialmente perigosa e riscos ambientais iminentes.<sup>798</sup>

Ainda, em âmbito internacional, destacam-se, como exemplos da adoção do princípio da precaução o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Degradam a Camada de Ozônio, Protocolo de Biossegurança de Cartagena, dentre outros. Por fim, o princípio da precaução foi inserido no Tratado da União Europeia, art. 130, R/2 que estabelece um nível elevado de proteção do ambiente, bem como basear-se-á nos princípios da precaução, e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor pagador.<sup>799</sup>

Com efeito, o princípio da precaução funciona como uma ferramenta, um instrumento que tem por finalidade impedir catástrofes ambientais, visa à sadia qualidade de vida das gerações humanas presentes e futuras e, diante disso, a incerteza científica não pode ser usada como pretexto para a sua não implementação. Desse modo, “a incerteza científica não pode mais ser usada como desculpa: é preciso colocar o risco em pauta, definir responsabilidades, promover meios de decisão sobre quais cenários são toleráveis e quais são intoleráveis”,<sup>800</sup> trazendo a necessidade de ponderação de bens nas decisões sobre o risco.

No próximo tópico o princípio da precaução exigirá uma atuação racional para com os bens ambientais, tendo no princípio da proporcionalidade e na solidariedade entre as gerações o seu aporte normativo constitucional na formação e na convicção do raciocínio judicial.

#### 4.3 PRECAUÇÃO E PONDERAÇÃO DE BENS ECOLÓGICOS E ANTROPOLÓGICOS: O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO LIMITE DA RAZÃO PRÁTICA NO PLANO CONSTITUCIONAL

A sociedade contemporânea vive cheia de paradoxos. Vive-se em uma sociedade permeada por uma série de conflitos socioambientais, sobretudo diante da ausência de solidariedade na defesa e proteção do meio ambiente.

Os tempos atuais são demarcados por uma sociedade de risco que introduziu a incerteza e a perplexidade sob os mais variados aspectos da vida. A escassez e a ausência de bens contribuíram para a desigualdade social, gerando consequências danosas para toda a sociedade e para o ambiente. É a “perda das certezas”<sup>801</sup> produzida pela sociedade contemporânea e que

---

<sup>798</sup> LEITE, Sociedade de risco e estado, *Op. Cit.*, p. 202-203.

<sup>799</sup> Idem, p. 203-204.

<sup>800</sup> SILVEIRA, *Op. Cit.*, p. 254.

<sup>801</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro, *Op. Cit.*, p. 23.



“integra o núcleo das preocupações ecologistas e traz dificuldades do ponto de vista da solução judicial dos problemas ecológicos”.<sup>802</sup>

O princípio da precaução procura introduzir procedimentos que permitem elaborar uma decisão racional na fase de incertezas e controvérsias nos processos de análise judicial nas quais os valores ecológicos se contrapõem aos valores antropológicos. No entender de Hermitte<sup>803</sup> “a racionalidade da decisão vai depender da resposta satisfatória a um conjunto de exigências precisas, trabalhadas na jurisprudência”. Segundo o autor, a exigência maior é a de uma avaliação científica dos riscos, à qual consiste, precisamente, em identificar e caracterizar um perigo, avaliar a exposição e caracterizar o risco diante do elemento da legalidade.<sup>804</sup>

Nesse prisma, o princípio da proporcionalidade permite auferir critérios importantes nos programas de decisões que devem ser adotadas, sobretudo, em contextos de incerteza, como ocorre com a noção dos riscos ambientais. Notadamente, o princípio da proporcionalidade, no processo de racionalização das decisões em contextos de incerteza e riscos prováveis de danos graves ao meio ambiente, não pode dissociar-se do princípio da precaução que atua como um instrumento relevante “ao proibir o *laissez-faire* diante do risco de consequências graves ou irreversíveis”<sup>805</sup> ao meio ambiente. Mesmo que o referido princípio não especifique qual a medida jurídica cabível à tutela do risco ambiental, determina que a incerteza deve ser tomada como problema real, seja de cunho administrativo ou judicial.<sup>806</sup>

A característica instrumental do princípio da proporcionalidade, aderindo-se ao modelo complexo proposto por Alexy,<sup>807</sup> permite a formulação de critérios objetivos, mas também, critérios subjetivos podem estar presentes, especialmente nos casos difíceis que, por estabelecer juízos de peso entre princípios e bens confrontantes constitucionalmente protegidos, exige o sopesamento, o que pode caracterizar excessos de subjetivismo que ameaçam a racionalidade da decisão processual. Dessa forma, surgem críticos do juízo da ponderação, objeções quanto ao fundamento racional das decisões judiciais, como uma jurisprudência de valores.

Habermas<sup>808</sup> têm formulado críticas ao princípio da proporcionalidade, de modo especial críticas contundentes à propriedade da ponderação de bens – que, como já referido, é a

<sup>802</sup> SILVEIRA, *Op. Cit.*, p. 243.

<sup>803</sup> HERMITTE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade de risco: uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos riscos*: Brasília: Rede Latino-Americana – Europeia sobre Governo dos Riscos. 2005, p. 15.

<sup>804</sup> Idem, p. 15-16.

<sup>805</sup> SILVEIRA, *Op. Cit.*, p. 244.

<sup>806</sup> Idem, *ibidem*, p. 244.

<sup>807</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, p. 116.

<sup>808</sup> HABERMAS, *Op. Cit.*, p. 315.

proporcionalidade em sentido restrito –, objeções a uma autocompreensão metodológica contra a teoria dos valores. Na opinião do autor, faltam critérios racionais para ponderar, uma vez que a técnica consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Conforme pontua Habermas, quando não for possível o preenchimento desse mandamento de otimização através da própria norma (regra), o preenchimento do quadro do que é faticamente possível dependerá de uma ponderação orientada por um fim.

Nesse diapasão, Branco<sup>809</sup> em análise a Habermas pontua o seguinte:

Habermas alinha-se com a crítica que rejeita a assimilação de normas (ou princípios normativos) a valores. Assinala que as normas possuem sentido deontológico e os valores, teleológico. As normas têm o sentido de obrigação indeclinável, enquanto os valores expressam referência de agir teleológico. “Normas – argumenta – surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas. (...) Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência (...); por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor”. Norma e valor não podem ser aplicados, portanto, da mesma maneira.

Segundo Alexy<sup>810</sup>, analisando a crítica que Habermas constroi da ponderação, especialmente no que trata as objeções metodológicas, refere que irá limitar-se a duas objeções: a primeira, segundo Alexy, quando o modelo de ponderação toma dos direitos fundamentais sua força normativa. “Ele acha que, pelo ponderar, direitos seriam reduzidos de grau ao plano dos objetivos, programas e valores”. Eles perderiam a “primazia rigorosa”, que deve ser característico para “pontos de vista normativos”. Essa objeção concerne a consequências substanciais pretendidas do modelo de ponderação: “amolecimento e irracionalidade”. Na segunda objeção, o problema é contra o sopesamento, ou seja, um problema conceitual.<sup>811</sup>

Conforme Alexy,<sup>812</sup> o argumento metodológico contra a teoria dos valores dirige-se contra duas concepções, sendo a primeira na ordem de valores no sentido de ordem hierarquizada, e a segunda contra o sopesamento. Assim, esclarece o autor:

Quem faz menção a uma ordem hierarquizada de valores tem que dizer, em primeiro lugar, que valores deverão ser ordenados com base nessa hierarquia. Aqui interessam os valores relevantes para uma decisão no âmbito dos direitos fundamentais. Portanto, quando se fala em uma ordem hierarquizada de valores só se pode querer fazer menção a esses valores.

<sup>809</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

<sup>810</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 108-110.

<sup>811</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>812</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, p. 158.

A hierarquização de bens e valores tem como fundamento as correntes filosóficas para a quais é possível escalonar os valores em função de sua importância essencial.<sup>813</sup> A ideia de hierarquizar rigidamente as disposições constitucionais, a fim de obter um critério de solução objetivo e pronto diante das tensões não é compatível com o ordenamento constitucional.<sup>814</sup> A respeito da hierarquização de valores, Steinmetz<sup>815</sup> observa:

Inaceitável, juridicamente, é uma hierarquia de valores. Parece impossível fundamentar, jurídico-constitucionalmente, uma tábua de valores. Qualquer hierarquia é uma construção fundada meramente em preferências políticas, ideológicas, pessoais, de grupos, etc. E, aqui, destaca-se que uma hierarquia de valores esbarraria no pluralismo político, princípio ou fundamento consignado, expressa ou tacitamente, em todas as constituições democráticas contemporâneas. Tratando-se de uma colisão de direitos, estipular uma escala de valores e com base nela decidir significaria a imposição estatal, via Poder Legislativo ou via Poder Judiciário, de um paradigma filosófico-jurídico não fundamentado constitucionalmente.

Não obstante, Barcellos<sup>816</sup> registra que é perfeitamente possível conceber uma preferência *prima facie* para as disposições constitucionais. Como observa, as constituições contemporâneas ao identificarem princípios que consagram o homem e a sua dignidade, bem como o seu bem-estar com centro do sistema jurídico, relacionam-se, através das disposições constitucionais com esses fins, mesmo que de forma indireta, com o princípio da dignidade humana. “Nesse sentido, ainda que não se trate de hierarquia, a preferência atribuída às normas que diretamente produzem o bem-estar das pessoas e protegem seus direitos poderá ser um parâmetro de orientação para o intérprete no emprego da ponderação”. Embora não haja uma hierarquia no âmbito dos direitos fundamentais a escolha de um bem ou valor colidentes dependerá do peso que cada um exerce no caso concreto. O objetivo da construção da ponderação de bens de Alexy não é, contudo, criar fórmulas de ordem hierárquicas de valores, mas, dentro dessa hierarquia *prima facie* buscar preferências em favor de um determinado princípio ou valor.

A segunda objeção formulada por Habermas, segundo Alexy,<sup>817</sup> deve ser levada a sério, da mesma forma que a primeira. Habermas afirma que, *com a construção da ponderação, o direito é sacado do âmbito do válido e inválido, do correto e falso e do fundamentar e transplantado em um âmbito, que é definido por ideias como a de uma conveniência maior e*

<sup>813</sup> BARCELLOS, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>814</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>815</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 120.

<sup>816</sup> BARCELLOS, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, *Op. Cit.*, p. 73-74; ver também STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>817</sup> ALEXY, Constitucionalismo discursivo, *Op. Cit.*, p. 109.

*menor e por conceitos como o poder discricionário.* Essa objeção termina na tese de que a perda da categoria da correção é o preço para ponderar.

Alexy<sup>818</sup> refuta tal argumentação trazida por Habermas, pois esclarece que *o direito está, necessariamente, unido com uma pretensão de correção. Se a ponderação fosse incompatível com correção e fundamentação não haveria para ela lugar no direito.* A ideia de ponderação de bens, busca, abstrativamente, saber qual dos interesses em jogo encontram-se no mesmo nível, ou seja, qual tem maior peso no caso concreto.

Nesse ínterim, Steinmetz<sup>819</sup> observa que:

Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de normas constitucionais, normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final, legislativa ou judicial, deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática. Contudo, embora indispensável, a interpretação constitucional não é suficiente.

A ponderação de bens no direito constitucional ou balanceamento *surge em todo o lado onde haja necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão entre bens juridicamente protegidos.*<sup>820</sup> Conforme leciona Canotilho,<sup>821</sup> a ponderação de bens ou balanceamento é um método que representa relevância, sobretudo no direito constitucional. Conforme aponta o constitucionalista português, existem várias razões para esta *viragem metodológica*: (a) a inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens constitucionais, o que exige uma norma de decisão situativa que considere as circunstâncias do caso; (b) o atributo principal de muitas normas constitucionais, sobretudo aquelas que consagram direitos fundamentais, o que implica, no caso de colisão, balanceamento, uma ponderação, um juízo de peso, portanto, uma solução diferenciada relativamente ao conflito/antinomia de regras, às quais não se reconduzem ao “tudo ou nada”; por fim (3) “fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos”.<sup>822</sup>

Canotilho<sup>823</sup> confere a ponderação de bens uma autonomia, porque com a ponderação ou balanceamento *está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas*

<sup>818</sup> Idem, p. 109.

<sup>819</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 140.

<sup>820</sup> CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, *Op. Cit.*, p. 1236-1237.

<sup>821</sup> Idem, p. 1237.

<sup>822</sup> Idem, *ibidem*, p. 1237.

<sup>823</sup> Idem, *ibidem*.

*sim equilibrar e ordenar bens conflitantes ou, pelo menos em relação de tensão num determinado caso:*

Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.<sup>824</sup>

Dois exemplos paradigmáticas da jurisprudência alemã demonstram que o método da ponderação de bens pode obter a solução justa para a colisão entre bens constitucionalmente protegidos, respondendo a exigências metódicas diferentes.<sup>825</sup> Assim no primeiro caso, a jurisprudência alemã cita o direito à informação contra o direito à ressocialização individual.

Um determinado indivíduo cometeu um crime grave (assassínio de sentinelas de um quartel militar) e por esse facto foi julgado e condenado a pena de prisão. Pouco antes do termo da sua pena e conseqüente regresso à liberdade e à sociedade, um canal da televisão anunciou a emissão de um filme-documentário sobre este caso. Reagiu o condenado argumentando que a passagem televisiva do filme implicava uma nova condenação pública, perturbando seriamente a sua ressocialização. Replicou a estação de televisão com o argumento do direito e liberdade de informação. Não é possível metodologicamente estabelecer, de forma abstracta, esquemas de supra/infra-ordenação entre os direitos conflitantes dizendo que o direito à informação “pesa” mais de que o direito à ressocialização, ou, vice-versa, afirmar que este último se sobrepõe ao primeiro. É necessário um *esquema de prevalência parcial* estabelecido segundo a ponderação dos bens em conflito e tendo em conta as circunstâncias do caso. Por mais que procurassem, os juizes não encontravam na “interpretação” das normas constitucionais a solução para o conflito de direitos. O *balancing ad hoc* levou-os a considerar que nas exactas circunstâncias do caso (o “caso Lebach”) o direito à ressocialização prevaleceu sobre o direito à informação.<sup>826</sup>

O segundo caso que a jurisprudência alemã refere diz respeito ao direito à vida e o dever de proteção de bens constitucionais, bem como o direito das vítimas:<sup>827</sup>

No segundo caso, um outro indivíduo, também autor de um crime grave, estava em vésperas de julgamento público. No entanto, ancorado em relatórios médicos, invocou o risco de perder a vida (por enfarte) se fosse submetido a uma audiência pública de julgamento. O conflito entre o direito à vida e o direito/dever do estado de prossecução da acção penal colocou-se com toda a acuidade. Além disso, deveria ainda ter-se em conta o direito das vítimas a uma decisão judicial justa e eventual reparação. Era inútil prosseguir a rota interpretativa “batendo” nos textos para obter uma norma de decisão situativa. Impunha-se um *balanceamento*, uma *ponderação* para resolver a situação de tensão entre bens constitucionais. E o reconhecimento do direito ao adiamento do julgamento para a proteção do bem da vida (como foi o caso) não significa sempre um esquema de

---

<sup>824</sup> Idem, ibidem.

<sup>825</sup> Idem, ibidem, p. 1238.

<sup>826</sup> Idem, ibidem, p. 1238.

<sup>827</sup> Idem, ibidem.

prevalência deste direito sobre o dever de prossecução da acção penal e o direito das vítimas a uma decisão justa e uma eventual reparação de danos.

Como se pôde observar a ponderação de bens é realizada em um momento anterior à aplicação do princípio da proporcionalidade, na medida em que busca balancear ou sopesar os interesses, os valores e os bens envolvidos no jogo da colisão. Inicialmente, os princípios e valores envolvidos na colisão requerem o atendimento de certos requisitos para que possam tomar forma antes de partirem para o exame propriamente dito da proporcionalidade.

Nesse sentido, Steinmetz<sup>828</sup> em análise a Canotilho,<sup>829</sup> esclarece que os pressupostos básicos para a realização da ponderação dizem respeito, primeiramente, “a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro”; o segundo ponto a esclarecer diz quanto “a inexistência de uma hierarquia abstrata (como já pontuado acima), *a priori*, entre os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso concreto”.

Tais pressupostos, no entanto, não realizam a aplicação da ponderação de bens, mas, constitui-se, segundo Steinmetz,<sup>830</sup> numa “exigência da racionalidade prática (razão prática) para a *aceitação* do resultado da ponderação. Portanto, é um pressuposto que diz respeito não às condições objetivas para a aplicação da ponderação, mas à fundamentação do resultado (norma de decisão) da ponderação”.

Esses pressupostos apontam para uma ponderação concreta de bens. A norma de decisão não é resultante de uma ponderação abstrata de bens, consistente na comparação dos direitos ou bens com base em uma hierarquia ou preferência prévia. Contudo, isso não impede que o intérprete, previamente à aplicação da ponderação concreta de bens e valores, possa fazer uma ponderação abstrata apenas como finalidade heurística para verificar se há uma colisão real ou se há uma carga argumentativa a favor de um dos bens em colisão.<sup>831</sup> Conforme esclarece o autor, a ponderação abstrata e a concreta não se excluem.

Como se verifica, referido procedimento vem sofrendo críticas por parte da doutrina. Em virtude da possibilidade da referida técnica padecer de argumentos racionais, podendo resvalar ao subjetivismo e ao arbitrário por parte do julgador, enseja uma observação mais ampla, sobretudo

---

<sup>828</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 142-143.

<sup>829</sup> CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, *Op. Cit.*, p. 1240.

<sup>830</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>831</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 143

nos problemas ambientais que cercam a avaliação e a aplicação da ponderação no contexto da incerteza e dos riscos ambientais de natureza abstrata.

Nesse sentido, posto que os riscos de natureza abstrata não podem ser percebidos normalmente através do conhecimento humano e em muitas situações não há evidência científica acerca do dano grave ao meio ambiente, o princípio da precaução vem como um princípio, um instrumento apto para ser aplicado frente ao risco e a incerteza, servindo como um critério, como um parâmetro que irá orientar e aproximar o intérprete nos processos decisórios.

Diante da complexidade que cerca o meio ambiente, com suas múltiplas interações socioambientais, pode-se afirmar que há um grau permanente de incerteza ontológico,<sup>832</sup> sendo necessário analisar os elementos específicos das possibilidades fáticas que envolvem o meio ambiente, destacando-se para a utilização da técnica da ponderação, do princípio ou máxima da proporcionalidade e do princípio da precaução, sendo que este último irá operar como elemento orientador das decisões que envolvem o risco ecológico abstrato.

O princípio da proporcionalidade ou a máxima da proporcionalidade deve ser entendido enquanto mecanismo que consiste em um programa de decisão que busca analisar racionalmente as particularidades das questões ambientais envolvendo situações de risco. O princípio da precaução, nesse caso, serve como um instrumento garantidor, que, aplicado conjuntamente com o princípio da proporcionalidade, irá buscar medidas e meios que sejam mais convenientes e eficazes, ou seja, medidas *adequadas* de acordo com a tutela adotada entre os meios e os fins (mandamento de otimização em face das possibilidades fáticas); Também, busca-se, ainda, verificar a *necessidade* ou a *necessária* imposição de restrições à proteção da saúde e integridade ambiental, quando uma atividade ou um produto possa causar potenciais riscos irreversíveis, em face das possibilidades fáticas; e, para finalizar, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que exige parâmetros racionais e equilibrados para verificar qual dos princípios colidentes será satisfeito em detrimento de outro no caso concreto.

Conforme explica Alexy,<sup>833</sup> as três máximas parciais da adequação e da necessidade explicitam o mandamento do meio menos gravoso e o da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

---

<sup>832</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 83.

<sup>833</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 116-117.

Segundo Steinmetz,<sup>834</sup> “a rigor, ponderação de bens e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (terceiro princípio parcial ou terceiro subprincípio da proporcionalidade) são coisas idênticas”, entendida como parte integrante do princípio da proporcionalidade.

Pode-se inferir que o princípio da proporcionalidade, dessa forma, não possui um caráter de um princípio que será sopesado ou ponderado com os demais princípios ou bens constitucionalmente protegidos no sentido de expressar o conteúdo *prima facie* de um direito fundamental sujeito à colisão com os demais bens em jogo, mas sim, uma técnica aplicável em variados graus de intensidade que deverão ser satisfeitos ou não, dependendo das possibilidades fáticas ou jurídicas.<sup>835</sup>

A proporcionalidade em sentido (re)estrito consiste no mandamento de ponderação propriamente dito que se caracteriza com a otimização relativamente às possibilidades jurídicas, observando-se a relação meio e fim mediante um juízo de sopesamento. Como esclarece Steinmetz, “examina-se a relação de proporcionalidade, de racionalidade, entre a decisão normativa – observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta – e a finalidade perseguida”, exigindo que na relação meio-fim haja uma reciprocidade racional.<sup>836</sup> Dessa forma, como esclarece Alexy<sup>837</sup> “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”

A verificação desses graus, conforme Gavião Filho<sup>838</sup> em análise a Alexy, deve ser realizada em três passos: (I) deve ser verificado o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, ou seja, o grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; (II) deve ser verificada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, referente ao grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; (III) deve ser verificado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não do cumprimento do outro princípio, ou seja, significa ter que verificar se a importância da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental. O resultado dessa

---

<sup>834</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>835</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 117.

<sup>836</sup> STEINMETZ, *Op. Cit.*, p. 152.

<sup>837</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>838</sup> GAVIÃO FILHO, O direito fundamental ao ambiente e a ponderação, *Op. Cit.*, p. 62.



operação consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.<sup>839</sup>

Assim, exige-se uma relação de coerência e de racionalidade entre a medida adotada e o fim pretendido, observando-se as circunstâncias de afetação de um princípio ou direito fundamental em relação ao grau de realização e satisfação do outro princípio, naquelas circunstâncias particulares, correspondendo, ao final, se a importância do cumprimento ou realização de um princípio justifica a não satisfação do outro. Isso se traduz no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, conforme as particularidades concretas, realizada pela lei de colisão. Alexy<sup>840</sup> esclarece que a colisão de direitos fundamentais consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Desse modo, verificada as condições estruturais da aplicação do princípio da proporcionalidade com as diferenças que cercam o seu conteúdo, as debilidades inicialmente existentes nos bens e valores no caso da colisão se solucionará racionalmente pelo intérprete numa regra para o caso concreto. Faz-se necessário adotar a precaução como princípio norteador da atividade judicial, racional e juridicamente aplicável à solução de casos que comportem direitos ou interesses colidentes, sendo invocado para atenuar a insegurança jurídica e salvaguardar o equilíbrio ambiental e a equidade intergeracional.

Nesse sentido, Silveira<sup>841</sup> reportando-se à Aragão, esclarece:

Faz-se necessário, por exemplo, defender a precaução como “princípio racional e cientificamente fundado de responsabilidade pelo futuro”, contra a impressão equívoca de medo e irracionalidade, e demonstrar que o princípio é invocado para atenuar a insegurança jurídica e não para criá-la ou agravá-la. Contra a recusa da atuação precaucional, como situação de desequilíbrio, cabe evidenciar que o princípio comporta um sentido de justiça, na medida em que protege a parte mais frágil nas relações de risco, incitando ao controle dos riscos aqueles atores que têm o dever e a condição de fazê-lo.

Assim, o julgador possui em suas mãos um instrumento legal que permite avaliar o racional ponderado e juridicamente seguro sobre os bens e valores em jogo, devendo escolher a solução que produz o justo equilíbrio e a menor quantidade de restrição ao direito fundamental sacrificado.

---

<sup>839</sup> Idem, *ibidem*, p. 63.

<sup>840</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>841</sup> SILVEIRA, *Op. Cit.*, p. 255.

Além disso, como critério para a ponderação, pode-se utilizar o mecanismo da inversão do ônus da prova como forma de melhor gerenciar a aplicação do princípio da precaução, visando o alargamento das possibilidades da investigação do risco ambiental futuro.

Diante da existência de variáveis diversas, o princípio da proporcionalidade com os seus subprincípios, revela-se na ordem constitucional brasileira como um critério objetivo, no sentido de conferir racionalidade às decisões em situações de risco, devendo observar que o princípio da precaução, em razão do seu caráter instrumental, deve participar de todo o processo de gerenciamento e de avaliação do risco, sob pena das medidas adotadas não serem adequadas para se evitar o dano ambiental iminente.

Por isso, para se fazer bom uso tanto do princípio da precaução quanto da proporcionalidade, como instrumentos que conferem racionalidade e legitimidade à atuação jurisdicional, imprescindível verificar outros princípios, como os da solidariedade e da sustentabilidade, como instrumentos importantes na tutela ambiental.

#### 4.4 O PESO DOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE E DA SUSTENTABILIDADE PARA GARANTIR EQUILÍBRIO E EQUIDADE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NAS DECISÕES QUE ENVOLVEM A PONDERAÇÃO DE BENS NA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os princípios da solidariedade e da sustentabilidade revelam-se como princípios estruturantes e fundamentais que visam garantir a máxima eficácia e efetividade do princípio da precaução. A solidariedade constitui-se em um dos fundamentos do Estado democrático e socioambiental de Direito. Para tanto, basta verificar que a Constituição Federal trata do princípio da solidariedade como objetivo da República Federativa do Brasil em seu artigo 3º, I, ao prescrever a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>842</sup> Ainda, no texto constitucional, no artigo 225, núcleo da proteção ambiental, cuida da solidariedade ao impor ao poder público e à coletividade o dever de proteger o meio ambiente para as presentes e as futuras gerações.<sup>843</sup> Desse modo, não restam dúvidas de que o dever fundamental está diretamente relacionado ao princípio da solidariedade por dividir os encargos e as responsabilidades na equidade geracional.<sup>844</sup>

<sup>842</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 64/2010, pelo Decreto nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 13.

<sup>843</sup> *Idem*, p. 143.

<sup>844</sup> LEITE; AYALA. Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica, *Op. Cit.*, p. 231.

O supremo Tribunal Federal trata do dever de solidariedade oriundo do direito fundamental ao meio ambiente, em julgamento clássico, vinculando que referido princípio tem alcance para as presentes e futuras gerações:<sup>845</sup>

(...) Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico *direito de terceira geração* (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, *em benefício das presentes e futuras gerações*, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos *intergeracionais* marcados pelo desrespeito ao *dever de solidariedade*, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral (...).

Como se vê, o princípio da solidariedade aparece como um dos grandes desafios colocados aos juristas, na medida em que demanda relacionamento entre as diversas gerações, o que torna a temática complexa, pois não se sabe o que está por vir. Ilustra Benjamin que só cabe fazer algumas conjectura sobre “a) quem habitará o planeta num futuro muito além dos dias de hoje; b) quais serão as consequências que nossas ações atuais provocarão nesses habitantes incertos; e, c) quais tipos de preferência adotados por tais gerações.”<sup>846</sup>

Insta observar, todavia, que embora referido princípio seja a matriz do Estado de Direito Ambiental (socioambiental), este não tem como atuar de forma isolada na ordem jurídica, haja vista que o Estado (Socio)Ambiental continua sendo um Estado Democrático de Direito. A única (e fundamental) diferença são os acréscimos de novo princípio e valor-base aos elementos já existentes. Assim, o princípio da solidariedade atuará de forma conjunta com o princípio da legitimidade (“Democrático”) e com o princípio da juridicidade (“Direito”), além de outros que incorporam valores eleitos pelo constituinte.<sup>847</sup>

O princípio da solidariedade, por conseguinte, revela-se como o marco jurídico-constitucional do Estado (Socio)ambiental, na medida em que demanda o relacionamento entre as diversas gerações e as várias espécies de vida, o que torna a temática complexa. Assim, como manifestação do referido princípio, destaca-se a sustentabilidade, valor captado de forma indutiva da crise ambiental e da sociedade de risco. Trata-se, portanto, da finalidade do desenvolvimento sustentável, modelo pautado no tripé formado pelo desenvolvimento econômico, pela equidade social e pelo equilíbrio ambiental.<sup>848</sup>

<sup>845</sup> STF, MS 22.164/SP, RelIdem, p. 231.

<sup>846</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. Campinas: Millenium, 2009, p. 59 (apud LEITE; AYALA. Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica, *Op. Cit.*, p. 232).

<sup>847</sup> LEITE; AYALA. Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica, *Op. Cit.*, p. 232.

<sup>848</sup> Idem, *ibidem*.

Canotilho<sup>849</sup> referindo-se ao princípio da solidariedade entre as gerações, esclarece que:

O significado básico do princípio é o de obrigar as gerações presentes a incluir como medida de acção e de ponderação os interesses das gerações futuras. Os interesses destas gerações são particularmente evidenciáveis em três campos problemáticos: (i) o campo das *alterações irreversíveis* dos ecossistemas terrestres em consequência dos efeitos cumulativos das atividades humanas (quer no plano espacial, quer no plano temporal); (ii) o campo do *esgotamento dos recursos*, derivado de um aproveitamento não racional e da indiferença relativamente à capacidade de renovação e da estabilidade ecológica; (iii) o campo dos *riscos duradouros*.

O princípio da solidariedade entre gerações pressupõe a efetivação do princípio da precaução, uma vez que trata dos interesses das futuras gerações. A articulação com outros princípios, como a prevenção, o da responsabilização e da utilização das melhores tecnologias disponíveis representam atuações ambientalmente relevantes.<sup>850</sup>

A problemática do risco ambiental, conforme observa Canotilho,<sup>851</sup> assume centralidade no âmbito do direito constitucional, na medida em que se verifica o esforço da doutrina no sentido de se alicerçar a determinação jurídica dos *valores limite do risco* ambientalmente danoso através da exigência da proteção do direito ao ambiente segundo o *estádio mais avançado da ciência e da técnica*.

Nessa linha, isso significa que *o princípio da melhor defesa possível dos perigos e os princípios da precaução e da prevenção do risco ambiental* conforme o patamar mais avançado da ciência e da técnica marcam também os limites da *razão prática* no plano do direito constitucional.<sup>852</sup> O que parece aceitável no plano jurídico-constitucional de concretização do risco ambiental, de qualquer modo, é a fixação normativa de *valores limite* através de princípios jurídico-constitucionais.<sup>853</sup> Assim, segundo Canotilho,<sup>854</sup> três princípios podem ser formulados para dar conta da problemática do risco: (I) é o princípio da proporcionalidade dos riscos, sendo formulado da seguinte forma: a possibilidade da ocorrência de acontecimentos ou resultados danosos é tanto mais real quanto mais graves forem as espécies de danos e os resultados danos que estão em jogo. Está fórmula, que não se encontra muito longe da seguida pela jurisprudência alemã, põe em evidência que o risco ao exigir particulares deveres de precaução não pode ser determinado independentemente do potencial danoso; (II) é o princípio da proteção dinâmica do

<sup>849</sup> CANOTILHO, Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

<sup>850</sup> Idem, p. 31.

<sup>851</sup> Idem, p. 31.

<sup>852</sup> Idem, ibidem, p. 31-32.

<sup>853</sup> Idem, ibidem, p. 32.

<sup>854</sup> Idem, ibidem.

direito ao ambiente (e de todos os direitos fundamentais), segundo o patamar, evolução e progresso dos conhecimentos da técnica de segurança, somente são aceitáveis os riscos de agressão ao direito do ambiente que não podiam ser previstos segundo os critérios de segurança probabilística mais atuais; (III) é o princípio da obrigatoriedade da precaução. Esse princípio declara que “mesmo que os juízos de prognose permaneçam na insegurança, a falta de certeza científica absoluta não desvincula o Estado do dever de assumir a responsabilidade de proteção ambiental e ecológica, reforçando os *standards* de precaução e prevenção de agressões e danos ao ambiente”.

Desde logo, cabe observar que o princípio da precaução não se destina a um “grau zero” de risco ambiental; tem como objetivos, orientar sobre a periculosidade de uma certa atividade ao ambiente, verificar possíveis impactos danosos que possam alterar significativamente a integridade ambiental.

Além disso, as agressões ao meio ambiente e a sua integridade devem pautar-se através de um a *justificação adequada*<sup>855</sup> caso haja restrições ao núcleo essencial ao meio ambiente e a qualidade de vida, considerados esses na sua dimensão de direitos, liberdades e garantias. Desse modo, dentre as ponderações a serem adotadas incluem-se o juízo sobre “alternativas ambientais e ecologicamente amigas”, deste que elas se revelem adequadas, necessárias e proporcionais.<sup>856</sup>

Nesse contexto, analisa-se a atividade do Supremo Tribunal Federal no julgamento de um caso que ocorreu diante de um momento histórico importante no que se refere ao princípio da precaução no Direito Ambiental Internacional.

A Convenção sobre a diversidade biológica ocorrida no ano 2000 no Brasil<sup>857</sup> observou que, “quando existir ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”.

É oportuno verificar um caso de colisão de direitos fundamentais em que o Supremo Tribunal Federal colocou um caso de colisão entre o livre exercício da atividade econômica e a proteção do meio ambiente como bem coletivo. O exame se refere a uma ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de disposições do Código Florestal no âmbito das áreas de preservação permanente. Essas disposições autorizavam a alteração e a supressão de vegetação,

---

<sup>855</sup> Idem, ibidem, p. 30.

<sup>856</sup> Idem, ibidem.

<sup>857</sup> BRASIL, *Convenção sobre diversidade biológica*, Brasília: 2000, Disponível em : [http://www.mma.gov.br/biodiversidade/estruturas/sbf\\_chm\\_rbbio/\\_arquivos/cdbport\\_72.pdf](http://www.mma.gov.br/biodiversidade/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf). Acesso em: 13/11/2014.

considerada área de preservação permanente. A seguinte ementa foi proferida na medida cautelar em ADI –MC 3540, TP, j. 01/09/2005, DJ 03/02/2006, relator, Ministro Celso de Mello:<sup>858</sup>

Em suma, o acórdão tratou do aparente conflito que envolve o dispositivo constitucional do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente, pela implementação do princípio da precaução (art. 225). Em sentido estrito, a questão objeto da discussão é se seria necessária a edição de lei formal (princípio constitucional da reserva de lei) para a supressão de vegetação em área de preservação permanente. Isso, deve-se ao fato da Medida Provisória nº 2.166-67/2001, na parte em que introduziu alterações no art. 4º do Código Florestal permitir a autorização da União, Estados Distrito Federal e Municípios, sem a publicação de lei específica, licenciar ou autorizar a execução de obras e a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos.<sup>859</sup>

MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE– NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS – ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) – ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE – MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR.

Preliminarmente, observa-se que o artigo 225 da Constituição Federal de 1988,<sup>860</sup> uma das fontes constitucionais do princípio da precaução fora atendido, bem como a observância ao

<sup>858</sup> STF, ADIn-MC 3540, TP, j. 01/09/2005, DJ 03/02/2006, relator Ministro Celso de Mello.

<sup>859</sup> WEDY, Gabriel. O princípio da precaução no Direito Ambiental: comentários ao acórdão na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 3540-1/DF, do Supremo Tribunal Federal. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Julgamentos históricos do direito ambiental*. Campinas, SP: Millennium, 2010, p. 180-181.

<sup>860</sup> 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 a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

artigo 4º da Lei nº 4.771/65.<sup>861</sup> Como observa Wedy,<sup>862</sup> o dispositivo infraconstitucional é uma garantia de observância ao princípio da precaução, pois nele se verifica que haverá um procedimento administrativo quando houver supressão de vegetação em área de preservação permanente. Constata-se, no decorrer do dispositivo infraconstitucional uma clara observação ao princípio da precaução, por parte do Estado-Legislator.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a preservação da integridade do meio ambiente é um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tratando-se de um direito de terceira geração ou dimensão, que assiste a todo gênero humano. Ressaltou a importância dos direitos básicos da pessoa humana e a necessidade da obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, através da aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável, que, além de seu caráter eminentemente constitucional, é também legitimador de compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro. Essa aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável fica subordinado, no entanto, quando ocorrerem conflitos entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa e nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito fundamental à preservação do meio ambiente, bem de uso comum e que deve ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

O dispositivo constitucional em tela, também faz referência ao princípio da precaução, como observa Wedy,<sup>863</sup> na medida em que o texto constitucional adota um mecanismo de ação do princípio da precaução na defesa ambiental, observando o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, inc. IV)”.<sup>864</sup>

De outra banda, observa-se o dever de proporcionalidade na ponderação desses valores, o núcleo essencial de cada um deve ser preservado e a proteção deve ser suficiente, não podendo ser insuficiente em face do vetor da vedação de inoperância, e tampouco pode superestimar determinado princípio em face da possibilidade do escárnio da violação do princípio da proibição de excesso, ambos corolários do princípio da proporcionalidade.<sup>864</sup>

---

<sup>861</sup> A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

<sup>862</sup> WEDY, *Op. Cit.*, p. 183.

<sup>863</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 184.

<sup>864</sup> *Idem*, *ibidem*.

O Supremo Tribunal entendeu que os mecanismos inseridos no artigo 4º do Código Florestal permitem um real controle pelo Estado das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente e, desse modo, impedem ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental. Por essa interpretação, portanto, resta hígido o princípio da precaução em face de proteger o bem ambiental dos riscos de danos.<sup>865</sup>

Diante de tais colocações submetidas à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello, verificou-se que prevaleceu a proteção do meio ambiente, substanciada na garantia constitucional que garante a preservação e defesa ambiental. Assim, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios gerais, como àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF/88, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente em todas as suas formas de manifestação.

Acrescentou, ainda, que os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental. Decidiu que a normalização infraconstitucional atacada estabelecia mecanismos para um real controle pelo Estado das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, impedindo ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental.

Como acrescenta Wedy,<sup>866</sup> o texto constitucional foi considerado na decisão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no sentido de compatibilizar o princípio da livre iniciativa com o princípio da precaução.

Referido princípio é um instrumento importante de tutela do meio ambiente, bem como para a preservação das presentes e futuras gerações. Por sua vez, o Poder Judiciário deve aplicá-lo conjuntamente com o princípio da proporcionalidade, objetivando conferir racionalidade às decisões e de modo a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental. Esse é o desafio que exige a complexa sociedade de risco moderna.

---

<sup>865</sup> Idem, *ibidem*, p. 186.

<sup>866</sup> Idem, *ibidem*, p. 195.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como proposta analisar em que medida a aplicação do princípio da proporcionalidade, especialmente o recurso estrito – a ponderação de bens –, conforme pensada por Alexy, contribuiria para a solução da colisão de direitos fundamentais quando estivessem em jogo o direito fundamental ao meio ambiente, sadio e ecologicamente equilibrado com outro bem constitucionalmente protegido. De que modo o princípio da proporcionalidade se presta a servir como parâmetro para resolver os casos de colisão entre diversos direitos fundamentais, especialmente quando envolver a tutela ambiental. O princípio da proporcionalidade, de modo especial em seu sentido estrito, quando aplicado com a colisão de direitos fundamentais, permite conferir racionalidade à decisão judicial, sem comportar o risco de decisionismo e insegurança jurídica.

Na primeira exposição do trabalho foi verificada a importância do fenômeno da constitucionalização do ambiente, na medida em que traduz as exigências de se tutelar o meio ambiente, consagrado como um macrobem e que abrange todas as formas de manifestação da natureza. Verificou a sua importância desde o primeiro momento histórico estatal, das passagens do Estado liberal, em que a visão antropocêntrica do ambiente afetava significativamente as condições de vida do planeta, passando para a Revolução industrial que marca o nascimento do Estado Social com ênfase aos direitos fundamentais de segunda geração; por conseguinte, avançando para o Estado Democrático de Direito, assim como a proteção dos direitos de terceira geração ou dimensão, com destaque para a solidariedade que marca também o núcleo de proteção do ambiente.

Um dos aspectos que se relaciona nessa geração de direitos fundamentais é justamente a proteção ambiental, disciplinado no artigo 225 *caput* da Constituição Federal. Nesse contexto, cabe inferir que a tutela ambiental consta em outros dispositivos constitucionais, apesar de não estar expressamente explícito em seu texto. É de se notar que o direito fundamental ao meio ambiente se irradia por todo o ordenamento constitucional, desencadeando a ecologização do Estado.

Como se observou durante o desenvolvimento desse trabalho, para que o ser humano possa viver e desfrutar de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é essencial que haja o aprimoramento da proteção ambiental, especialmente quando as novas ameaças surgem e comprometem a qualidade de vida humano e ecológico.

É evidente que a sociedade contemporânea vive um estágio de crise, que pode ser oriunda da própria complexificação social, diante das incertezas científicas e que se coadunam com a crise ambiental. Nesse contexto, o Estado e o Direito precisam atender a complexidade de toda ordem para fazer frente aos enfrentamentos da crise ambiental em prol da própria sobrevivência humana e de um ambiente sadio. É a necessidade sobre as questões ambientais emergentes e a manutenção de toda qualidade ambiental que faz surgir o Estado Socioambiental, como um paradigma que se expressa no bem-estar humano e ambiental. As duas formas encontram-se interligados, na medida em que é condição para a existência dos demais.

Ressalta-se, contudo, que o Estado Socioambiental não tem o condão de substituir o Estado Democrático, mas apenas, diante da problemática ambiental e social construir uma nova visão multi e transdisciplinar, observando-se no princípio da solidariedade a possibilidade de se enfrentar a crise (socio)ambiental. Dessa maneira, estabelecer novas formas e uma nova visão de se observar e analisar a complexidade sobre as questões ambientais e sociais, bem como o seu enfrentamento pelo Estado, foi desenvolvido no primeiro capítulo desse trabalho.

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy demonstrou que seu pensamento na dogmática constitucional merece destaque, consoante a sua relevância para o Direito e outras disciplinas afins. Tratou-se da diferenciação entre as regras e princípios como a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais; também, a colisão de direitos ou princípios é um problema que se apresenta, direta ou indiretamente nas disposições normativas. Solucioná-la de forma a garantir o justo equilíbrio entre os bens, sem ferir de forma significativa o outro direito fundamental não constitui tarefa fácil pelo órgão julgador. A colisão pôde ser verificada de forma ampla ou restrita, dependendo dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, envolvidos na colisão. A colisão de direitos fundamentais é a colisão *in concreto*, em que um dos princípios terá que ceder sob determinadas condições.

O direito ao meio ambiente é integrado por um conjunto de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, significando reais deveres de proteção e a prestações por intermédio do Estado. Diante da sua natureza principiológica, o meio ambiente entra facilmente em rota de colisão com o direito de propriedade, direito ao desenvolvimento econômico e a livre iniciativa dentre outros.

O meio ambiente possui um conteúdo essencial à sua natureza principiológica, que não é absoluto, dependendo das circunstâncias da realidade atual e do processo que operacionaliza as questões ambientais, ou seja, mediante instrumentos aptos a captar a sensibilidade ecológica a partir da perspectiva dos riscos ambientais abstratos. Nesse cenário, caberá ao intérprete definir, a

partir da ponderação de bens os interesses em jogo, atribuir-lhe um peso específico conforme as circunstâncias do caso concreto. O princípio da precaução exigirá atuação racional para com os bens ambientais, inclusive na sua manifestação pelo princípio *in dubio pro natura*. Ressaltou-se, no decorrer do trabalho, a importância que os princípios estruturantes exercem na tutela ambiental, bem como auxiliam na delimitação do núcleo essencial do direito ao meio ambiente. São os princípios do mínimo existencial ecológico, da proibição de retrocesso ecológico, do poluidor-pagador, prevenção para citar alguns exemplos.

Outros princípios citados no decorrer desse trabalho se justificam como imprescindíveis para promover a tutela ambiental. Princípios como da participação popular, da informação da democracia e da cidadania ambiental legitimam o cidadão a tomar conhecimento sobre qualquer atividade que venha causar impactos ao ambiente e à saúde humana. É o exercício do princípio democrático que estimula a responsabilidade solidária e sustentável.

A proteção do conteúdo essencial se justifica também através do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que atua diretamente com a saúde e o bem-estar existencial socioambiental, condição da própria existência humana. Por conta disso, desafios são postos à sociedade, novos valores ecológicos emergentes surgem no caminho jurídico complexo, exigindo, conseqüentemente, uma nova postura do Direito.

O surgimento dos riscos complexos exigem decisões jurídicas refletidas e conscientes por parte do intérprete à luz da realidade contemporânea. Elas devem ser tomadas com o intuito de formar vínculos intergeracionais, assegurando o efetivo interesse das futuras gerações. Por conta disso, a Constituição Federal criou um dever objetivo de prevenir e evitar o dano ambiental atual e futuro, possibilitando vínculos obrigacionais, conforme dispõe o seu artigo 225, *caput*.

Como visto, embora não haja hierarquia entre os direitos fundamentais no ordenamento constitucional, o intérprete deverá se utilizar da ponderação de bens para buscar o equilíbrio e a harmonizar os interesses em jogo no caso concreto, por meio de mandamentos de otimização, destacando-se a importância que o princípio da precaução exerce na tutela do meio ambiente. É um mecanismo adotado pela Constituição Federal de 1988 para gerenciar os riscos ambientais e, mesmo que referido princípio não conste de forma expressa no texto constitucional, como já observado alhures, vem informado através de outros dispositivos que garantem a sua ampla eficácia e efetividade no ordenamento.

Como já observado acima, a referida técnica da ponderação de bens vem sofrendo críticas por parte da doutrina, por se entender que ela não é um procedimento racional, dando margem para a subjetividade e a arbitrariedade por parte do julgador. Evidentemente, o resultado alcançado

por ela não elimina por completo as valorações no processo de captação da norma pelo intérprete. Diante da complexidade ambiental, dos riscos invisíveis e imprevisíveis ao ser humano, a exigibilidade do princípio da precaução para atender a emergência ambiental, faz-se imprescindível na tutela ambiental. O princípio da precaução atua como um instrumento que irá orientar o intérprete à luz do caso concreto, segundo critérios do postulado da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade ocorre entre meios (adequação e necessidade) ou seja, do tipo e da medida adotada que seja mais conveniente, enquanto a ponderação se dá entre bens, valores e interesses colidentes. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a própria ponderação de bens, que irá considerar as circunstâncias relevantes do caso concreto.

Referida técnica está submetida a um controle racional, apesar de ser inevitável uma margem de subjetividade por parte do intérprete, na medida em que não conduz a um único resultado possível, a uma única decisão correta, porque existem questões complexas que exigem inúmeras variáveis que fogem à capacidade do intérprete no momento de fundamentar as suas decisões.

## REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 217, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 217, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Teoria do discurso e direitos fundamentais. Tradução de Maria Cláudia Cachapuz. In: HECK, Luís Afonso. (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da união europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. [2ª tiragem]. São Paulo: Malheiros, 2005.

AYALA, Patryck de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helini Sivini; BORATTI, Larissa Verri. *Estado de Direito Ambiental: Tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Direitos fundamentais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rer., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

\_\_\_\_\_. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GUIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um Direito Ambiental no Século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as ideias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história das ideias políticas*. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. [10ª tiragem]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*. 18. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed, atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – Declaração de Estocolmo*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: 25 set. 2013.

BRASIL. *Convenção sobre diversidade biológica*, Brasília: 2000, Disponível em : [http://www.mma.gov.br/biodiversidade/estruturas/sbf\\_chm\\_rbbio/\\_arquivos/cdbport\\_72.pdf](http://www.mma.gov.br/biodiversidade/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf). Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 64/2010, pelo Decreto nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 2008.

\_\_\_\_\_. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, 2010, vol. VIII, nº. 13, p. 07-18. ISSN 1645-9911.

\_\_\_\_\_. O direito Constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.



\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. *Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

CARVALHO, Délton Winter de. Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (orgs.). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

\_\_\_\_\_. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. A tutela constitucional do risco ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; BORATTI, Larissa Verri (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 1. ed. 3ª. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa*. 2. ed. São Paulo: Editora Senac, 2013.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Ximena Cardozo. *A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id376.htm>. Acesso em 20 de dez. de 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental ao ambiente e a ponderação. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (orgs.). *Direito constitucional do Ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educs, 2011.

GOLDBLATT, David. *Teoria Social e Ambiente*. Tradução de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOSEPATH, Stefan. Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental. Tradução de Cláudia Toledo e Bráulio Borges Barreiros. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GRAF, Ana Cláudia Bento. O direito à informação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito ambiental em evolução*, vol. 1, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol I. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (coord). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2008.

HERMITTE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade de risco: uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos riscos: Brasília: Rede Latino-Americana – Europeia sobre Governo dos Riscos*. 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KISS, Alexandre. Justiça ambiental e religiões cristãs. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.) *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

\_\_\_\_\_. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica: os novos desafios à proteção da natureza em um direito ambiental de segunda geração. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar. Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Fortaleza: ABC, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Cláudia Lima Marques. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito ambiental*. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_\_. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. (2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PEREIRA, Potyara A. P. *Política social: temas & questões*. São Paulo: Cortez, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html) Acesso em: 03 set. 2013.

\_\_\_\_\_; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado Socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – (Pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Ambiental Constitucional*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito*. Lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Solange Teles. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. *Revista de Direito Ambiental*, ano 12, n.º. 48, out./dez., p. 225-245, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Robson José da. *Paradigma Biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco Ecológico Abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: EducS, 2014.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WEDY, Gabriel. O princípio da precaução no Direito Ambiental: comentários ao acórdão na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 3540-1/DF, do Supremo Tribunal Federal. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Julgamentos históricos do direito ambiental*. Campinas, SP: Millennium, 2010.

WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em Direito Internacional, Direito da Comunidade Europeia e Direito Nacional. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Pluralismo Jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.