



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Laiana Corrêa da Costa Rocha

A busca da efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável: a ponderação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica realizada em julgados do Supremo Tribunal Federal

Brasília
2011

Laiana Corrêa da Costa Rocha

A busca da efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável: a ponderação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica realizada em julgados do Supremo Tribunal Federal

Monografia apresentada à Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Brasília

2011

A candidata foi considerada pela banca examinadora
com média final igual a (.....)

Professor Mestre Nicolao Dino de Castro e Costa Neto
Orientador

Professor Doutor Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Membro

Professor Mestre Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Membro

Brasília, de de 2011.

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, a Deus por mais uma vitória.

Ao meu orientador, Professor Nicolao Dino, pela disponibilidade, atenção e esforço em me ajudar a compor este trabalho.

Aos professores membros da banca, pelo aceite tão gentil de participar deste momento tão importante na minha vida acadêmica.

Aos meus pais, pelo amor incondicional e pelo esforço, por todos esses anos, para que me garantissem uma educação de qualidade. As minhas vitórias sempre serão também de vocês.

Às minhas amadas irmãs, Clarine e Tamisa, pelo carinho e pela paciência nos momentos mais difíceis. Em especial à minha irmã Clarine, que fez despertar em mim a vontade de conhecer e estudar o Direito Ambiental.

Ao Marco, por nunca me deixar desistir dos meus sonhos e por ser sempre fonte de amor, carinho e companheirismo.

Aos meus queridos familiares, que sempre acompanharam meus desenvolvimentos pessoal e acadêmico com sinceros desejos de sucesso.

A todos os meus amigos, pois, sem verdadeiras amizades, as energias sugadas pelos momentos tensos não conseguiriam ser renovadas. Especialmente à Aryadne, Daniela e Danyla, que fizeram dos seis anos de UnB os mais felizes e divertidos da minha vida.

“A natureza está ao nosso redor inerte, mas não inerte. Ela é mutável. Ela sofre. Ela reclama sua dor e seu espaço. É preciso descobrir urgentemente uma forma de haver um consumo e desenvolvimento sustentável, respeitando o meio ambiente e privilegiando a qualidade de vida. O silêncio eloquente da natureza e os gritos dos que nela habitam, reforçados por aqueles que a defendem, devem ser ouvidos por todos nós”.

Paulo Antônio Locatelli. *Consumo sustentável*.

Resumo:

O trabalho pretende apresentar o princípio do desenvolvimento sustentável como mais um princípio instrumental na resolução de conflitos entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica. São explorados três julgados do Supremo Tribunal Federal para avaliar se foi garantida a efetividade do princípio, a partir da análise proposta.

Palavras-chave:

Desenvolvimento sustentável. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Livre exercício da atividade econômica. Ponderação. Proporcionalidade.

Abstract:

The work intends to present the principle of sustainable development as one of the instrumental principles in conflicts resolution between the right to an ecologically balanced environment and the free exercise of economic activity. It explores three of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) decisions to evaluate whether it was assured the effectiveness of the principle as proposed in the analysis.

Keywords:

Sustainable development. Right to an ecologically balanced environment. Free exercise of economic activity. Balancing. Proportionality.

Sumário

Introdução	8
Capítulo 1 - Os princípios constitucionais objetos da ponderação	12
1.1. Breve análise dos direitos fundamentais.....	12
1.2. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	18
1.2.1. O reconhecimento internacional do direito ao meio ambiente	18
1.2.2. O direito ao meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro.....	23
1.2.2.1. Análise do art. 225 da Constituição Federal de 1988	25
1.2.3. Os princípios constitucionais ambientais	35
1.3. A livre iniciativa e a liberdade de exercício da atividade econômica	39
1.3.1. A ordem econômica, seus fundamentos e seus princípios.....	42
1.4. O princípio do desenvolvimento sustentável.....	45
1.4.1. Crescimento econômico x desenvolvimento econômico.....	47
1.4.2. A construção do princípio do desenvolvimento sustentável.....	49
Capítulo 2 – A resolução de conflitos entre princípios constitucionais	54
2.1. Introdução	54
2.2. Regras e princípios: diferentes espécies de normas jurídicas	54
2.3. A ponderação dos princípios em conflito e o princípio da proporcionalidade..	59
2.3.1. As posições doutrinárias contrárias ao juízo de ponderação e ao princípio da proporcionalidade	65
2.3.2. A ponderação de princípios no âmbito do Supremo Tribunal Federal	69
2.4. A estreita ligação do princípio do desenvolvimento sustentável com os princípios instrumentais de resolução de conflitos	70
Capítulo 3 - O Supremo Tribunal Federal e a ponderação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica....	74
3.1. Análises dos acórdãos coletados.....	74
3.1.1. Critérios para a seleção	74
3.1.2. A ADI-MC 3.540-1/DF	75
3.1.2.1. Relatório	75
3.1.2.2. Análise.....	78
3.1.3. A ADPF 101/DF	84

3.1.3.1. Relatório	84
3.1.3.2. Análise.....	87
3.1.4. A ADI 3.378-6/DF.....	91
3.1.4.1. Relatório	92
3.1.4.2. Análise.....	95
Conclusão	98
Referências Bibliográficas.....	103

Anexos

A - ADI-MC 3.540-1/DF

B - Informativo nº 538 do Supremo Tribunal Federal

C - Informativo nº 552 do Supremo Tribunal Federal

D - Voto-vista do Min. Eros Grau na ADPF 101/DF

E - ADI 3378-6/DF

Introdução

A presente monografia, para conclusão do curso de graduação de Direito, tem por tema a ponderação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica, como manifestação da livre iniciativa, realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A delimitação do tema revela-se na ponderação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica realizada em julgados do Supremo Tribunal Federal e a busca da efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável.

Portanto, o objetivo geral do trabalho é analisar a ponderação entre os princípios conflitantes, realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, através dos acórdãos selecionados, e identificar se o sopesamento adotado, em cada um deles, alcança a efetividade do desenvolvimento sustentável.

Para tanto, são propostos alguns objetivos específicos, que conduzirão à conclusão pretendida. Primeiramente, caberá pesquisar e expor a evolução histórica do reconhecimento do status do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, a partir de uma breve exposição acerca da teoria dos direitos fundamentais, bem como apresentar os principais princípios que envolvem a tutela do meio ambiente – e que revelam a existência de uma ordem constitucional ambiental.

Em segundo lugar, cumprirá identificar o princípio em conflito ao direito ao meio ambiente sadio, qual seja o livre exercício da atividade econômica e a sua previsão em normas constitucionais – relativas à ordem econômica.

Apresentar-se-á o princípio do desenvolvimento sustentável – sua construção histórica, seu reconhecimento internacional, a sua assimilação pelo ordenamento jurídico brasileiro. Identificá-lo-á como princípio norteador da tutela ambiental, em razão da impossibilidade de se afastar a necessidade do desenvolvimento econômico, mas sempre pautado na equidade intergeracional, quanto à exploração dos recursos naturais.

Em seguida, caberá expor a teoria do juízo de ponderação a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, apresentar os subprincípios do princípio

da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), assim como as posições contrárias ao emprego da ponderação e do princípio, além de demonstrar sua relação com a garantia de efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável.

Em acréscimo, cumprirá apresentar os julgados coletados para a análise da ponderação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a liberdade de exercício da atividade econômica e analisar, em cada julgado, a sua fundamentação acerca da ponderação dos princípios referidos e observância, ou não, dos princípios da proporcionalidade e do desenvolvimento sustentável.

Quanto à justificativa para a escolha do tema, há, na verdade, diversas delas. A primeira, certamente, é o interesse pessoal em desenvolver um trabalho acadêmico nas áreas de Direito Ambiental e Direito Constitucional, além da evidente importância das áreas de concentração para a ordem jurídica brasileira.

No entanto, mais que sua importância, a recente introdução do direito ao meio ambiente na ordem constitucional brasileira – eis que sua previsão ocorreu apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – faz com que a construção doutrinária dos princípios e institutos ambientais ainda suscite grandes discussões.

O princípio do desenvolvimento sustentável é indubitavelmente um dos que mais ensejam debates doutrinários, dada a sua complexa pretensão de buscar a compatibilização da exploração dos recursos naturais pela atividade econômica, de forma que seja realizada com racionalidade, para que não se chegue ao ponto crítico de esgotamento dos recursos, preservando-se o direito ao meio ambiente sadio das presentes e das futuras gerações e garantindo, cada vez mais, qualidade de vida a todos.

Em acréscimo, a preocupação contínua da comunidade internacional com a efetividade do desenvolvimento sustentável, em todas as suas dimensões – social, econômica, ecológica, espacial e cultural –, mostra a atualidade do tema proposto, pois desde a Conferência de Estocolmo, em 1972, busca-se uma conscientização mundial quanto à finitude dos recursos naturais. A questão será novamente posta em debate em 2012 com a realização da ECO+20.

Não se pode deixar de mencionar que o presente trabalho contribui para a compreensão da atuação do Poder Público na tutela do meio ambiente, dever expresso no art. 225 da Constituição. É claro que o Poder Judiciário, como um dos

poderes estatais, tem grande responsabilidade no cumprimento do dever imposto, em virtude de sua atuação de controle dos outros poderes. Entretanto, a doutrina parece estar mais atenta à atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, nascendo daí a necessidade de estudos que investiguem a colaboração do Judiciário na busca da efetividade do desenvolvimento sustentável.

A escolha por delimitar a análise de julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal decorreu de dois fatores. O primeiro é a inviabilidade de investigar, em um trabalho de conclusão de curso de graduação, toda a jurisprudência brasileira sobre o tema. O segundo é que, em razão do primeiro fator, o início de uma análise como a pretendida parece ser mais adequada a partir de decisões da Corte Suprema – guardiã da Constituição –, pois o tema é eminentemente constitucional. Ressalta-se, porém, que seria de grande relevo o desenvolvimento de outros trabalhos que pudessem dar completude ao trabalho aqui iniciado.

O tema revela-se, portanto, atual e complexo, o que o possibilita seu enfrentamento pelo presente trabalho. Além disso, o Direito Ambiental ainda não alcançou a sua merecida atenção no espaço acadêmico da Universidade de Brasília, o que só reforça a viabilidade de se instaurar uma discussão em relação ao presente tema.

O desenvolvimento do estudo proposto foi ancorado nas pesquisas bibliográfica e jurisprudencial – partindo-se da análise das fundamentações de julgados previamente selecionados –, bem como foi pautado em análise de documentos normativos, tanto do ordenamento jurídico brasileiro quanto de declarações internacionais sobre meio ambiente.

O trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro, o objetivo é apresentar com profundidade os princípios conflitantes – será apresentado que um conflito entre direitos se consubstancia em um conflito entre princípios –, seus desenvolvimentos históricos, suas posições no texto constitucional e sua aproximação mediante a construção do princípio do desenvolvimento sustentável.

No segundo capítulo, será explorada a teoria da ponderação como método de resolução de colisões entre princípios, uma vez que estes se distinguem das outras normas jurídicas, as regras, e a adoção de critérios específicos para conferir racionalidade às decisões, como o princípio da proporcionalidade. Também serão apontadas as principais falhas do método, segunda a doutrina oposicionista. Em acréscimo, será apontado o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal

quanto ao método da ponderação. Por fim, será traçado o entendimento de que o princípio do desenvolvimento sustentável se presta a atuar na resolução de conflito entre princípios como mais um princípio instrumental na busca por objetividade do método.

No terceiro capítulo, serão explorados três relevantes julgados do Supremo Tribunal Federal e a análise consistirá em identificar se foi alcançada a efetividade do desenvolvimento sustentável através da fundamentação adotada em cada um e em propor novas ponderações a partir da utilização dos princípios da proporcionalidade e do desenvolvimento sustentável.

Capítulo 1 - Os princípios constitucionais objetos da ponderação

1.1. Breve análise dos direitos fundamentais

A proposta deste trabalho passa, necessariamente, pela compreensão dos direitos fundamentais, seu desenvolvimento histórico e, sobretudo, a localização dos princípios em debate – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica.

Primeiramente, cumpre analisar a terminologia empregada, qual seja direitos fundamentais, em razão da existência de múltiplas expressões para designá-los, como: “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”¹.

Paulo Bonavides² afirma que o uso de expressões distintas decorre apenas da origem dos autores que as empregam, sendo que a utilização de direitos humanos e direito dos homens é mais recorrente entre autores anglo-americanos e latinos e que a referência a direitos fundamentais é preferida pelos publicistas alemães.

No entanto, há doutrinadores que enxergam claras diferenças entre algumas das denominações adotadas. Não tendo por objetivo investigar de forma exaustiva o uso de tais denominações na literatura jurídica, apresentam-se algumas e justificam-se as inadequações das mesmas.

O emprego da expressão direitos naturais tem sido pouco aceito atualmente, pois evidencia a qualidade de direitos inerentes à natureza humana. Passou-se a reconhecer o caráter histórico dos direitos, ou seja, o fato de serem derivados das relações sociais concretas de cada momento histórico. José Afonso da Silva expõe adequadamente a historicidade desses direitos:

Sua historicidade repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado, para situá-los no terreno político da

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 175.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 560.

soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo³.

Em relação ao uso de direitos humanos e de direitos do homem, que têm bastante representatividade nos documentos internacionais, muitos autores afirmam que as expressões são completamente vazias de significado, eis que a titularidade de direitos é exclusiva do ser humano, embora tenha sido iniciada construção jurídica visando a garantir direitos, por exemplo, aos animais.

A preferência por direitos fundamentais pode ser observada na maior parte da doutrina brasileira, assim como em diversos autores estrangeiros, pela capacidade de abranger indeterminados direitos que irrompem de situações concretas e sem os quais o homem não pode se desenvolver. A fundamentalidade dos direitos abrange tanto o reconhecimento formal destes – ocorrendo, portanto, sua positivação –, como a sua materialidade.

(...) os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas⁴.

Ao tratar da fundamentalidade dos direitos, Canotilho apresenta uma divisão em fundamentalidade no sentido formal e no sentido material. Em relação à fundamentalidade formal, afirma estar atrelada à ideia de constitucionalização dos direitos – incorporação dos direitos do homem nos textos constitucionais como medida de proteção – e apresenta quatro pontos relevantes:

(1) As normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes a constituir limites materiais da própria revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais⁵.

No que tange à fundamentalidade em sentido material, Canotilho salienta que deve haver uma subordinação do Estado e da sociedade ao conteúdo dos direitos fundamentais. A fundamentalização exclusivamente em sentido formal pode

³ SILVA, 2006, op. cit., p. 176.

⁴ CRUZ VILLALON APUD CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998. p. 347

⁵ CANOTILHO, 1998, op. cit., p. 349.

se revelar insuficiente, especialmente em relação a direitos fundamentais ainda não positivados – tratando aqui do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. Revela-se, ainda, necessária no que concerne às constituições históricas, como a inglesa.

Tratada, portanto, a questão da adoção da expressão direitos fundamentais, chega-se ao momento de responder à seguinte indagação: quais seriam propriamente esses direitos?

Como já mencionado, reconhece-se a historicidade dos direitos fundamentais, isto é, “são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”⁶.

A partir disso, o desenvolvimento dos direitos fundamentais é concebido em gerações, pois, à medida que um novo grupo ganha força e notoriedade, são exigidos novos direitos. João Ricardo Dornelles⁷ trata em seus estudos a existência de fundamentalmente três gerações, enquanto Norberto Bobbio⁸ acrescenta a existência de uma nova geração.

Atribui-se como marco inicial no processo de desenvolvimento da concepção dos direitos fundamentais, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776, sucedida pela Declaração de Independência Norte-americana, de 1787, e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo a última o expoente das declarações liberais de direitos.

É importante destacar que houve outros documentos anteriores que conferiram direitos, em especial os diplomas ingleses – a Magna Carta (1215), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688) –, no entanto, não são declarações de direitos no sentido moderno, sendo limitadas e, às vezes, estamentais⁹.

O contexto histórico dos primeiros documentos modernos que reconhecem direitos fundamentais é marcado pela ascensão econômica da burguesia, mas que ainda era limitada pelo poder político. Careciam de direitos que pudessem restringir o poder, que era absoluto.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 32.

⁷ DORNELLES, João Ricardo. **O que são Direitos Humanos**. Coleção Primeiros Passos. Rio de Janeiro: Editora Brasiliense, 1989.

⁸ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 6.

⁹ SILVA, 2006, op. cit., p. 151.

Portanto, de forma genérica, as declarações liberais proclamavam os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da segurança, que são os principais direitos de primeira geração. Ou seja, buscavam a consolidação de direitos referentes à liberdade de expressão e pensamento, à liberdade religiosa, à propriedade e à igualdade jurídica, pondo fim ao absolutismo e seus vícios, como os privilégios concedidos à nobreza.

O destaque para a Declaração Francesa de 1789 decorre da sua pretensão de abstração e universalidade, diferentemente das antecessoras. Estas encontravam limitações no campo dos destinatários, ou titulares, enquanto que a declaração francesa “tinha por destinatário o gênero humano”¹⁰.

Outro ponto interessante é observar que os direitos celebrados em cada geração, ou dimensão, revelam um poder quase premonitório dos idealistas da Revolução Francesa, eis que cada fase corresponde a um dos princípios integrantes do lema revolucionário: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos de primeira geração são direitos individuais, pois só restaram consagrados aqueles que conferiam liberdades aos indivíduos contra o Estado, que assume uma postura negativa. A garantia das liberdades era formal – reconhecidas nas constituições liberais.

Bonavides sintetiza:

Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado¹¹.

No entanto, os direitos individuais não se estenderam além da classe burguesa, deixando a maioria dos cidadãos desprotegida. A liberdade e a igualdade meramente formais, assim como o destaque dado ao direito de propriedade no Estado Liberal, fizeram a sociedade caminhar para uma intensa exploração do homem pelo homem.

O indivíduo era uma abstração. O homem era considerado sem levar em conta sua inserção em grupos, família ou vida econômica. Surgia, assim, o cidadão como um ente desvinculado da realidade da vida. Estabelecia-se

¹⁰ BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 562.

¹¹ Ibidem, pp. 563-564.

igualdade abstrata entre os homens, visto que deles se despojavam as circunstâncias que marcam suas diferenças no plano social e vital¹².

Surgem, então, movimentos coletivos cada vez mais significativos, reivindicando direitos coletivos e sociais, que, com o Estado Social, seriam conhecidos como direitos de 2ª geração¹³.

Os direitos sociais são reivindicados após a Revolução Industrial, como meio de proteção aos trabalhadores que nada tinham para garantir a vida com dignidade.

A aparente neutralidade do Estado, exigida no Estado Liberal, é transformada em atuação positiva forte, como forma de assegurar concretude aos direitos já reconhecidos na primeira geração e aos direitos sociais que emergiam. Alguns dos direitos reivindicados são referentes à organização sindical, à greve, à educação gratuita e a condições de segurança no trabalho, sendo que as primeiras Constituições a reconhecê-los foram a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919).

Os direitos de terceira geração originam-se em um contexto histórico marcado por desigualdades entre nações, sobretudo quanto ao nível de desenvolvimento, em consequência das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, do tardio processo de descolonização em alguns países e da ascensão de regimes totalitários em outros.

São dotados de nova universalidade porque não mais previstos exclusivamente em constituições estatais com pretensões de abrangência mundial, mas em documentos declaratórios multinacionais, sendo notável a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, na qual se reconheceu a dignidade da pessoa humana, o ideal democrático, o direito de resistência à opressão e a concepção comum desses direitos.

Esse novo plano de universalização está diretamente relacionado aos direitos que devem ser protegidos na terceira geração, como ensina Bonavides:

(...) os direitos de terceira geração (...) 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

¹² SILVA, 2006, op. cit., p. 159.

¹³ ROMÃO, José Eduardo Elias. **Justiça procedimental**: a prática da mediação na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Brasília: Maggiore, 2005. p. 25.

mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta¹⁴.

Dornelles reforça a destinação irrestrita dos direitos de terceira geração pela ideia de sua proteção, pois devem ser “garantidos com o esforço conjunto do Estado, dos indivíduos, dos diferentes setores da sociedade e das diferentes nações”¹⁵.

São arrolados pela doutrina como os cinco principais direitos referentes à terceira geração, os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. Entretanto, em razão do reconhecimento da terceira geração ser tão recente, qualquer apontamento dos direitos componentes pode ser considerado incompleto, pois o amadurecimento de outros direitos é inerente à dinamicidade da sociedade.

A doutrina tem se esforçado para caracterizar o surgimento de uma nova geração, como reflexo da “globalização política na esfera da normatividade jurídica”¹⁶, representando os direitos à democracia participativa, à informação e ao pluralismo.

Em Bobbio, todavia, os direitos de quarta geração são tratados como uma especulação do que já ocorre e do que pode se tornar com a manipulação do patrimônio genético do indivíduo e os efeitos de pesquisas biológicas¹⁷.

Não se pode deixar de mencionar a crítica formulada ao estudo dos direitos fundamentais em gerações. O termo empregado possibilitaria a errônea compreensão de que os direitos seriam marcados historicamente e que, com o advento de novas lutas pelo reconhecimento de outros, aqueles seriam abandonados.

Reclama-se a adoção do termo dimensão, que permitiria uma leitura dos direitos fundamentais de forma não estagnada, ou seja, abolindo a ideia de que estivessem presos a um dado momento histórico, pois há, na verdade, um processo de acumulação dos direitos fundamentais.

Bonavides expressa a necessidade de substituição do emprego de gerações por dimensões:

¹⁴ BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 569.

¹⁵ DORNELLES, 1989, op. cit., p. 35.

¹⁶ BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 571.

¹⁷ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 6.

(...) o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia¹⁸.

Há, portanto, uma agregação contínua de direitos fundamentais e um caminhar sempre na direção da universalidade dos mesmos.

Compreendidos os pontos principais atinentes aos direitos fundamentais, é possível proceder a uma análise do próximo tópico, referente ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1.2. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

1.2.1. O reconhecimento internacional do direito ao meio ambiente

Como foi suscitado anteriormente, os direitos de terceira dimensão surgiram em um contexto de nova universalidade dos direitos fundamentais, isto é, floresceram em meio a uma conscientização internacional da necessidade de serem tutelados novos direitos que não se destinam a determinados indivíduos, grupos ou mesmo Estados.

É o aspecto da transindividualidade o traço mais marcante dos direitos de terceira dimensão e, por isso, o seu reconhecimento pela ordem jurídica internacional é substancial, pois a proteção destes deve decorrer da atuação conjunta dos Estados.

Jefferson Nogueira Fernandes faz menção à solidariedade dos países na busca da efetividade desses direitos:

Tais direitos são caracterizados como direitos de solidariedade ou direitos de fraternidade, pois são direitos de cooperação entre os Estados e entre os indivíduos na proteção da própria existência.
(...)

¹⁸ BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 572.

Essa dimensão é dotada de uma grande universalidade, tendo em vista que o compromisso com a solidariedade dos que podem e devem ajudar com os que necessitam de ajuda, pois a busca do equilíbrio referente a estes direitos é essencial à permanência e à manutenção da vida humana com qualidade¹⁹.

Desse modo, a previsão do direito ao meio ambiente primeiramente em documentos multinacionais resulta da própria universalidade inerente à sua caracterização como direito de terceira dimensão.

É necessário, inicialmente, traçarmos uma linha histórica dos sucessivos diplomas internacionais que trouxeram à tona a discussão sobre a tutela ambiental. A análise referente à própria concepção de tutela do meio ambiente, resultante da constatação dos impactos ambientais causados pela ação humana desde o advento da Revolução Industrial, será tratada de forma mais enfática no ponto relativo à construção do princípio do desenvolvimento sustentável.

Welber Barral e Gustavo Assed Ferreira suscitam que, em 1933, foi realizada a Convenção relativa à Preservação da Fauna e da Flora nos seus Estados Naturais, considerando-a como o primeiro tratado internacional dotado de uma visão biocêntrica, pois propunha a proteção do meio ambiente ainda desvinculada da atuação humana²⁰.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto destaca a criação, em 1948, da União Internacional para a Conservação da Natureza – UICN, com o apoio da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO como a primeira expressão de uma preocupação supranacional com a problemática ambiental²¹.

Já nos estudos de Silvana Terezinha Winckler e André Luiz Balbinott, a comprovada inauguração do chamado Direito Internacional do Meio Ambiente só ocorreu na década de 1960, a partir do tratamento de questões ainda muito esparsas, como a Convenção Internacional para a Conservação do Atum, assinada no Rio de Janeiro, em 1966, e a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, realizada em Bruxelas, em 1969²².

¹⁹ FERNANDES, Jeferson Nogueira. **O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável**. Revista do Direito Ambiental. v. 50, ano 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2008. pp. 120-121.

²⁰ BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. **Direito Ambiental e Desenvolvimento**. BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Coord.) **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 25.

²¹ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. **Proteção Jurídica do Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 12.

²² BALBINOTT, André Luiz; WINCKLER, Silvana Terezinha. **Direito ambiental, globalização e desenvolvimento sustentável**. BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Coord.) **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 51.

Embora já fossem inovações, os autores salientam que a proteção almejada ainda não estava amparada no ideal ambientalista:

Iniciativas pontuais como estas apenas reiteraram o caráter patrimonialista com que a questão era debatida, não se mostrando suficientes e adequadas diante da complexidade dos reflexos advindos dos danos já perpetrados²³.

A Organização das Nações Unidas passou, então, a desempenhar importante papel na defesa do meio ambiente de forma global. No entanto, cabe ressaltar que uma atitude por parte da ONU só foi possível após certa pressão da opinião pública, que assistia estarecida a diversos desastres ambientais. Em 1968, foi aprovada a Resolução 2.398, que havia sido encaminhada à Assembleia Geral pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC), apontando a necessidade de se convocar uma conferência internacional sobre o meio ambiente.

O resultado foi a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano realizada em Estocolmo, em 1972, que pode ser considerada positiva, como o verdadeiro pontapé inicial da discussão internacional da proteção ambiental, sobretudo nos seguintes aspectos: produziu a Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, que possui 26 princípios, um plano de ações com 109 recomendações e criou o PNUMA, um organismo direcionado para a preocupação com os programas ambientais no mundo.

Nicolao Dino expõe o valor dos princípios insculpidos na Declaração de Estocolmo, pelo reconhecimento formal do direito ao meio ambiente e por tratar, de modo inicial, da questão da equidade intergeracional:

O princípio 1º da Declaração de Estocolmo, por sua vez, registra que o ser humano tem “o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e a condições adequadas de vida, em um meio ambiente de qualidade que permita uma vida de dignidade e bem-estar”. E o princípio 2º põe em relevo a dimensão temporal da proteção do meio ambiente, instituindo a ideia de uma equidade intergeracional, segundo a qual os recursos naturais (...) devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante planejamento e ordenação criteriosos²⁴.

Pode-se dizer que, a partir da década de 1970, houve um incremento no número de documentos de Direito Internacional do Meio Ambiente.

²³ BALBINOTT; WINCKLER, 2006, op. cit., p. 51.

²⁴ COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 13.

Em 1987, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que ficou conhecida como Comissão Brundtland, trouxe à tona a expressão desenvolvimento sustentável e, em seu Relatório “Nosso Futuro Comum”, apresentou uma profunda análise dos problemas ambientais enfrentados mundialmente e propôs medidas de combate.

Com o intuito de avaliar os progressos alcançados a partir da Comissão Brundtland, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que ficou conhecida por Rio-92, por ter sido sediada no Rio de Janeiro. Estavam em pauta discussões ainda relativas à Conferência de Estocolmo, especialmente em relação ao confronto entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento quanto às medidas a serem adotadas para o alcance da sustentabilidade do desenvolvimento.

Em seu Princípio 1º, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento estabelece o ser humano como o centro da proteção ambiental, evidenciando o caráter antropocêntrico em que se baseia a tutela ambiental em nível internacional – e posteriormente, analisaremos a mesma questão no ordenamento jurídico brasileiro. O referido princípio prescreve:

Principle 1 – Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature²⁵.

Resultaram da Rio-92: a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; a Agenda 21, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável e a Convenção da ONU de Combate à Desertificação.

Após a Rio-92, merecem destaque o Protocolo de Kyoto, em 1997, que firmou metas para 37 países industrializados e para a comunidade europeia quanto à redução das emissões de gases estufa, e a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em Johannesburgo, em 2002, que ficou conhecida como Rio+10 e propôs discutir os resultados alcançados desde a Rio-92. Embora tivesse a pretensão de implementar as metas e os compromissos

²⁵ Tradução livre: “Seres humanos estão no centro das preocupações relativas ao desenvolvimento sustentável. Têm o direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. REPORT OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT - RIO DECLARATION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>. Acesso em: 30/04/2011.

assumidos, sobretudo na Agenda 21, a referida cúpula não foi dotada de grandes resultados concretos, como salientam Welber Barral e Gustavo Assed Ferreira:

Nenhum dos grandes objetivos foi equacionado, e o discurso vazio mais uma vez se sobrepôs aos resultados práticos. A proposta brasileira de se alcançar 10% do consumo de energia por fontes renováveis foi derrotada por uma aliança liderada pelos EUA. Em vez disto, obteve-se das maiores empresas petrolíferas do mundo um compromisso vago e programático de substituir até 50% de combustíveis baseados em hidrocarbonetos por fontes renováveis até 2060. Entretanto, sequer este compromisso pode ser considerado como efetivamente positivo, pois, além de meramente programático, deve ser implementado em longo prazo²⁶.

Mesmo diante de resultados não tão expressivos quanto pretendidos, é necessária uma busca contínua pelo debate e pela adoção de medidas de proteção ambiental de forma global. Nesse sentido, está prevista para 2012, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, ou a Rio +20, novamente no Rio de Janeiro.

Para adentrar o estudo do direito ao meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso ter em mente a relevância da inclusão, nas ordens constitucionais, de cada Estado, dos direitos fundamentais, mesmo diante do reconhecimento internacional.

As declarações multinacionais encontram, muitas vezes, barreiras na efetividade dos direitos nelas dispostos em virtude da ausência – embora possa já se falar em uma crescente “institucionalização” dos organismos internacionais – de coercibilidade nas hipóteses de descumprimento.

Isso gera a necessidade de constitucionalização dos direitos fundamentais, para que seja alcançado um nível mais alto de efetividade dos direitos.

José Afonso da Silva reforça a ideia apresentada:

Tal exigência técnica, no entanto, determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica mais caracterizadamente positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições, visto que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhe imprimissem eficácia bastante²⁷.

²⁶ BARRAL; FERREIRA, 2006, op. cit., p. 32.

²⁷ SILVA, 2006, op. cit., p. 167.

No entanto, vale registrar o ensinamento de Canotilho, quando afirma que “a simples posituação jurídico-constitucional não os torna, só por si, ‘realidades jurídicas efectivas’”²⁸. Assim, a incorporação, no texto constitucional, dos direitos fundamentais é de extrema importância para a sua proteção, mas não se pode descuidar da fundamentalidade material destes.

1.2.2. O direito ao meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 é considerada inovadora, dentre as constituições brasileiras, no que tange à incorporação do direito ao meio ambiente. Em verdade, não foram feitas sequer expressas menções ao meio ambiente nos textos constitucionais anteriores.

Paulo de Bessa Antunes reforça a ideia de vanguardismo da Constituição Cidadã no que concerne à defesa dos direitos e garantias individuais e ao reconhecimento de novos direitos, com destaque para os direitos de terceira dimensão, sobretudo o direito ao meio ambiente. Menciona que as constituições anteriores não dedicaram espaço à tutela ambiental e afirma que as menções aos recursos ambientais eram realizadas de maneira não sistemática, “sem que se pudesse falar na existência de um contexto constitucional de proteção ao meio ambiente”²⁹.

Dessa forma, a Constituição de 1824 não fez qualquer menção à proteção dos recursos naturais, uma vez que isso poderia ensejar o intrometimento nas atividades econômicas, o que era terminantemente repudiado pelo paradigma do Estado Liberal, então vigente.

Em 1934, na Constituição Federal de 1891, há apenas menção à competência legislativa reservada à União quanto a suas minas e terras. Já a Constituição de 1934, com expressivo caráter intervencionista na ordem econômica e social, trazia, em seu art. 5º, XIX, a competência legislativa da União sobre “bens

²⁸ CANOTILHO, 1998, op. cit., p. 348.

²⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 59.

de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, água, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração³⁰.

Paulo de Bessa Antunes leciona que houve uma ampliação das competências legislativas federais, sobretudo no que concerne à área de infraestrutura – atividades necessárias para o desenvolvimento econômico. Afirma que

de alguma forma, a CF de 1934 estimulou o desenvolvimento de uma legislação infraconstitucional que se preocupou com a proteção do meio ambiente, dentro de uma abordagem de conservação de recursos econômicos. Um bom exemplo do que estou falando é o Código de Águas de 1934, cujos objetivos primordiais estavam relacionados à produção de energia elétrica. O mesmo se pode dizer em relação ao antigo Código Florestal, que buscou estabelecer mecanismos para a utilização industrial das florestas. Ambos os diplomas legais continham normas visando à proteção dos recursos³¹.

A Constituição de 1937 não inovou no tratamento dado à tutela ambiental em relação à Constituição antecessora, o que também não ocorreu com as Constituições de 1946 e de 1967. Com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, foi feito referência ao termo “ecológico”, ao estabelecer a exigência de prévio levantamento ecológico para o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades, como se observa da transcrição do art. 172:

Art. 172. A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo³².

Essa menção ao prévio levantamento ecológico pode levar à consideração de um início de preocupação com a proteção ambiental, mas não pode ser afastada a constatação de que fora muito tímida.

Um balanço geral das competências constitucionais em matéria ambiental demonstra que o tema, até a Constituição de 1988, mereceu tratamento apenas tangencial e que a principal preocupação do constituinte sempre foi com a infra-estrutura para o desenvolvimento econômico. O aspecto que foi

³⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 23/04/2011.

³¹ ANTUNES, 2010, op. cit., p. 61.

³² BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 26/04/2011.

privilegiado, desde que o tema passou a integrar a ordem jurídica constitucional, foi o de meio de produção³³.

Vale ressaltar que mesmo o conceito legal de meio ambiente, em lei federal, só foi estabelecido em 1981, com o advento da Lei nº 6.938/81, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que assim dispôs, em seu art. 3º, I:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas³⁴;

Portanto, o tratamento dado ao meio ambiente pela Constituição de 1988 foi o único em sintonia com o que vinha sendo despendido pelo referido Direito Internacional do Meio Ambiente, muito embora o seu reconhecimento em declarações internacionais, como visto, já permeasse os momentos históricos relativos a algumas das constituições antecessoras.

1.2.2.1. Análise do art. 225 da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 dedicou à tutela do meio ambiente, especificamente, o Capítulo VI do Título VIII – Da Ordem Social –, formado por um único artigo. Embora seja um artigo bastante complexo, prevendo em seus parágrafos normas de diversos segmentos do Direito Ambiental, trata-se de disposição que não pode ser lida isoladamente, eis que a proteção do meio ambiente está difundida em todo o texto constitucional.

José Afonso da Silva³⁵ traz duas modalidades de referências ao meio ambiente na Constituição, as explícitas e as implícitas. Entre as explícitas, destacam-se as disposições do art. 23, VI e VII, que estabelecem a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, bem como

³³ ANTUNES, 2010, op. cit., p. 62.

³⁴ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 29/04/2011.

³⁵ SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 47-50.

preservar as florestas a fauna e a flora. Importante também é a fixação da competência legislativa concorrente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, além da referente à responsabilidade por dano ao meio ambiente.

Merece ainda mais relevo, e que será analisado em tópico posterior, o que dispõe o art. 170, VI, ao firmar que a ordem econômica deverá observar o princípio da defesa do meio ambiente.

Em relação às referências implícitas, José Afonso da Silva dá maior ênfase às competências de cada um dos entes federados, como pode ser exemplificada pela menção ao art. 21, XIX, que confere à União a competência para instituir o Sistema Nacional de Recursos Hídricos.

Portanto, o art. 225 da Constituição é apenas o centro de gravidade de todas as demais normas constitucionais – e infraconstitucionais – sobre proteção ambiental.

Fala-se, em verdade, em uma ordem constitucional ambiental, uma vez que a tutela do meio ambiente está diretamente vinculada à garantia de uma existência digna da pessoa humana e permeia todo o texto constitucional.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto sintetiza perfeitamente essa ideia:

Em vários momentos, com efeito, a Constituição Federal refere-se a princípios e normas-princípio de conteúdo ambientalista, instituindo-se – pode-se dizer – uma ordem constitucional ambiental³⁶.

Para a compreensão do art. 225, a melhor forma é adotar o método da decomposição. No entanto, o enfoque dar-se-á no que dispõe o *caput* do artigo, enquanto que os parágrafos serão objeto de reflexão na apresentação dos princípios constitucionais ambientais.

Transcrevemos o art. 225, *caput*, da Constituição:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações³⁷.

³⁶ COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 34.

³⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 29/04/2011.

O estudo deve ser iniciado pela referência a “todos têm o direito”. Verifica-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado compõe a esfera jurídica de cada pessoa. Do ponto de vista semântico, o termo utilizado revela-se bastante adequado, ao impedir que se realize qualquer interpretação com o objetivo de restringir o direito a determinados grupos de indivíduos ou, sob outra perspectiva, afastar a titularidade deste direito de alguns, como por exemplo, reconhecê-lo apenas aos brasileiros.

Apenas para prestar esclarecimento, há normas constitucionais que expressamente restringem certos direitos aos brasileiros natos e naturalizados, como no art. 176, §1º, que confere a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de recursos hídricos aos brasileiros – ou à empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País. Ou, ainda, como no art. 222, que estabelece que “a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País”.

Paulo de Bessa Antunes também enfatiza a extensão do termo empregado e apresenta outros exemplos de limitações na titularidade dos direitos:

“Todos” quer dizer todos os seres humanos. Aqui há uma evidente ampliação do rol dos direitos constitucionalmente garantidos, pois, diferentemente dos direitos eleitorais e os de controle da probidade administrativa, não se confunde com a condição do cidadão.

(...)

O artigo 225, ao se utilizar da expressão “todos”, buscou estabelecer que mesmo os estrangeiros não residentes no País e outros que, por motivos diversos, tenham tido suspensos os seus direitos de cidadania, ainda que parcialmente, são destinatários da norma atributiva de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁸.

O vocábulo utilizado ainda possibilita ser encarado sob outra perspectiva: a de que o direito em tela é, ao mesmo tempo, reconhecido como um direito subjetivo e como um direito da coletividade, mais precisamente dentro da categoria dos direitos difusos, como foi visto na exposição acerca dos direitos de terceira dimensão.

Outra sugestão do emprego do pronome todos é a de que a proteção do meio ambiente parte de um viés antropocêntrico, ou seja, resguarda o ser humano

³⁸ ANTUNES, 2010, op. cit., p. 65.

como o sujeito tutelado. Essa é a opinião majoritária da doutrina, embora haja autores que discutam a existência de valor intrínseco à natureza.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto propõe a discussão acerca do tema. Na verdade, não se nega que o meio ambiente sadio seja essencial ao desenvolvimento da pessoa humana com dignidade, mas que a visão da natureza apenas como instrumento dessa satisfação do homem é muito limitada. E, partindo-se da interação entre o antropocentrismo e do biocentrismo radical, chega-se ao reconhecimento do valor intrínseco à natureza. Ele afirma:

A meta pretendida pela valoração intrínseca da natureza não é a “desclassificação” da espécie humana, mas a compreensão de que, enquanto atores de um mesmo cenário biótico, cabe aos seres humanos a adoção de uma interpretação ecológica e uma postura ética que ultrapassem a posição egoística de que a natureza se presta apenas à satisfação de suas necessidades³⁹.

Em contrapartida, Paulo de Bessa Antunes expressa que “a leitura irracional e apressada do vocábulo tem levado à interpretação de que ‘todos’ teria como destinatário todo e qualquer ser vivo”⁴⁰.

E justifica sua posição contrária à titularidade do direito ao meio ambiente que extrapole o ser humano:

A Constituição tem como um de seus princípios reitores a dignidade da pessoa humana e, portanto, a ordem jurídica nacional tem como seu centro o indivíduo humano. A proteção aos animais e ao meio ambiente é estabelecida como uma consequência de tal princípio e se justifica na medida em que é necessária para que o indivíduo humano possa ter uma existência digna em toda plenitude⁴¹.

José Afonso da Silva adota o mesmo posicionamento:

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana⁴².

A centralização da tutela do meio ambiente no ser humano, ou seja, como forma de garantir a existência digna da pessoa humana, além de estar apoiada na

³⁹ COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 31.

⁴⁰ ANTUNES, 2010, op. cit., p. 65.

⁴¹ Ibidem, p. 65.

⁴² SILVA, 2010, op. cit., p. 58.

ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana se irradia por todo o texto constitucional brasileiro, também pode ser observada desde o início do desenvolvimento do direito ao meio ambiente, já na Declaração do Meio Ambiente, redigida na Conferência de Estocolmo, em 1972:

Princípio 1 – O Homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras. (...)⁴³

Assim, não há como refutar que o reconhecimento atual do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é realizado como forma de dar substrato à vida plena e sadia do homem. Mas também não se nega que a discussão iniciada acerca do valor intrínseco da natureza seja muito bem fundamentada e que possa vir a predominar no entendimento da proteção ambiental.

Passemos ao exame da declaração do meio ambiente como bem de uso comum do povo.

Os bens de uso comum do povo estão tradicionalmente dispostos no Código Civil, mais especificamente no art. 99, I⁴⁴, incluídos no rol dos bens públicos. Os bens públicos são, por sua vez, os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, conforme estabelece o art. 98 do referido Código.

No entanto, o meio ambiente não pode ser encaixado nessa classificação clássica de bens de uso comum do povo por todas as suas particulares características, sobretudo a transindividualidade.

Paulo Affonso de Leme Machado diz que a Constituição, a partir da previsão do meio ambiente como bem de uso comum do povo, trouxe uma nova dimensão ao conceito. Leciona que:

Não se elimina o conceito antigo, mas o amplia. Insere a função social e a função ambiental da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III e VI) como bases da gestão do meio ambiente, ultrapassando o conceito de propriedade privada e pública.

⁴³ SILVA, 2010, op. cit., p. 59.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02/05/2011.

O Poder Público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais (...), mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão⁴⁵.

De fato, no que tange ao meio ambiente, há uma mitigação da divisão dos bens em públicos e privados, eis que aquele não pode ser considerado público, isto é, de propriedade de um ente público, pois pertence à coletividade, bem como o bem particular pode sofrer ingerências como consequência da tutela ambiental.

Alguns doutrinadores, dentre eles José Afonso da Silva, anunciam uma nova classe de bens, qual seja os bens de interesse público. O marcante desses bens seria a submissão a um regime jurídico particular para o atingimento do interesse público, não importando se de domínio privado ou público.

A doutrina vem procurando configurar outra categoria de bens – os bens de interesse público (...). Ficam eles subordinados a um regime jurídico peculiar relativamente ao seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública⁴⁶.

O meio ambiente está, então, inserido nessa categoria de bens jurídicos, pois a qualidade do meio ambiente não integra a disponibilidade dos proprietários. Assim, são também bens de interesse público, “dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo”⁴⁷.

Quanto à caracterização como bem essencial à sadia qualidade de vida, apresentam-se algumas das características dos direitos fundamentais: “a cumulatividade, a complementariedade, a interdependência, a unidade e a indivisibilidade”⁴⁸.

Essas características remetem à ideia de que os direitos fundamentais não são datados, isto é, relativos a um dado momento histórico. Estão sendo construídos ininterruptamente desde o reconhecimento dos direitos de primeira dimensão e os mais recentes passam a agregar o conteúdo dos precedentes.

Três direitos, portanto, estão umbilicalmente ligados: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde e o direito à vida. É possível analisá-los a partir da seguinte perspectiva: sem que se proteja o meio ambiente, a

⁴⁵ MACHADO, Paulo Afonso de Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 131.

⁴⁶ SILVA, 2010, op. cit., p. 83.

⁴⁷ Ibidem, p. 84.

⁴⁸ COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 16.

escassez de alguns recursos naturais – por exemplo, água potável – e o comprometimento da qualidade de outros – como no caso da poluição do ar e da contaminação do solo – resultarão na perda da qualidade de vida da coletividade, transformando-se em um grave problema de saúde pública, não sendo possível desconsiderar que causaria impactos na mortalidade.

A efetividade do direito ao meio ambiente é, desse modo, de suma importância para os demais direitos, pois dá contornos concretos a estes.

Roberto Carlos Batista expõe a interdependência dos referidos direitos:

O ambiente e também a saúde são uma nova visão do direito fundamental à vida, porque é no meio ambiente e na dependência de suas condições que ela eclode e com a saúde que ela se desenvolve e se mantém, subjacente em ambos a dignidade da pessoa humana⁴⁹.

No que concerne ao dever do Poder Público e da coletividade em defender e preservar o meio ambiente, vê-se que, novamente, a indeterminação dos sujeitos – como também ocorreu no caso da titularidade do direito – revela-se benéfica.

No que tange ao Poder Público, os constituintes possibilitaram que todos os poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – fossem responsáveis por dar efetividade ao direito ao meio ambiente, sendo compelidos à observância da norma constitucional, o que reflete em uma atuação estatal, no mínimo, mais abrangente, respeitando-se a esfera de cada um dos poderes – mas havendo a adequada fiscalização, inerente ao modelo de freios e contrapesos do princípio da separação dos poderes.

A participação do Estado na tutela ambiental deve ocorrer de duas formas. Exige-se do ente estatal, como detentor do monopólio da força, a fiscalização e a punição daqueles que ponham em risco o equilíbrio ecológico, seja na esfera penal ou administrativa. Trata-se, portanto, da atuação positiva estatal na proteção do meio ambiente.

Por outro lado, não se pode negar que o próprio ente estatal possa se tornar um agente nocivo à preservação do meio ambiente, uma vez que pode adotar medidas – que visem, por exemplo, ao crescimento econômico de uma determinada

⁴⁹ BATISTA, Roberto Carlos. Ambiente e Saúde: Direitos Humanos e Fundamentais Interdependentes. In: THEODORO, Suzy Huff; BATISTA, Roberto Carlos; ZANETI, Izabel (coordenadores). **Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 30

região – que não sejam compatíveis com o direito em tela. Assim, observa-se que não somente os particulares devem obedecer às normas impostas para que se garanta um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto elucida essa dupla postura estatal:

No que concerne à proteção ambiental, o Estado tem o dever de adotar uma **postura positiva** – no sentido de assegurar e proporcionar a higidez do bem em tela – e, também, uma **postura negativa** – impondo-se-lhe o dever de não agir de forma prejudicial ao meio ambiente⁵⁰. (grifos no original)

O autor ainda chega a uma importante constatação no que diz respeito ao comportamento negativo a ser adotado pelo Estado, de forma que esteja sempre observando o dever de não adotar condutas maléficas ao meio ambiente:

No tocante ao atuar negativo, impõe-se ao Estado o dever de não flexibilizar os mecanismos de proteção e, principalmente de não agir de forma a pôr em risco o meio ambiente, como, por exemplo, licenciando indevidamente uma atividade degradadora⁵¹.

Cumpra ainda analisar o dever da coletividade na proteção do meio ambiente. O papel do Poder Público como gestor do meio ambiente, dada a nova compreensão de bem de uso comum do povo, permite novas formas de participação e fiscalização por parte da sociedade.

Paulo Affonso Leme Machado⁵² critica a redação do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, por exigir genericamente da coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, não sendo enfática quanto ao papel de cada um no cumprimento do mandamento constitucional.

Entretanto, não parece ser prejudicial a redação do artigo em face da existência de outras normas no texto constitucional que reforçam a possibilidade de participação individual na defesa do meio ambiente, como se observa na referência à Ação Popular, no art. 5º, LXXIII, da Carta Magna. Mesmo em relação à Ação Civil Pública, art. 129, III, que no texto constitucional só faz menção ao Ministério Público como legitimado para a propositura, qualquer cidadão pode fazer uma representação para que o órgão ministerial apure possíveis condutas lesivas ao meio ambiente. Saindo do documento constitucional, a própria Lei da Ação Civil

⁵⁰ COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 38.

⁵¹ Ibidem, p. 39.

⁵² MACHADO, 2010, op. cit., p. 34.

Pública, Lei nº 7.347/85, amplia o rol de legitimados, incluindo no seu art. 5º, V, as associações que preenchem os requisitos legais.

A generalidade percebida na palavra coletividade parece reforçar a ideia de que a Assembleia Constituinte preferiu “pecar pelo excesso” – como ocorreu no uso do pronome todos no mesmo dispositivo, eis que a coletividade é formada por indivíduos isoladamente considerados –, mas também por manifestações organizadas da sociedade, como as associações, as fundações e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto fala, inclusive, no princípio da participação comunitária:

De fato, a participação dos grupos sociais na tomada de decisões em torno de políticas de proteção ambiental possibilita a concretização do preceito constitucional que atribui não apenas ao Poder Público, mas também à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente⁵³.

O autor salienta, porém, que a realização desse princípio não pode se dar por atitudes isoladas, sem que haja uma verdadeira conscientização de todos quanto ao seu importante papel na defesa do meio ambiente. Portanto, embora haja instrumentos de participação singular, como a ação popular, resultará em maior força na condução das políticas públicas afetas ao meio ambiente se a sociedade efetivamente se organizar.

Ainda que a atuação da coletividade possa se dar perante o Poder Judiciário, como já foi mencionado, outros meios de atuação junto à Administração Pública podem ser de grande relevância, como a participação nos procedimentos de licenciamento ambiental de atividades efetiva ou potencialmente degradadoras, através de audiências públicas.

Outro fragmento do artigo ainda deve ser abordado. Trata-se de apurar o significado do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Observa-se que o constituinte não se contentou em positivar o direito ao meio ambiente, qualificando-o como meio ambiente ecologicamente equilibrado. A utilização dos recursos naturais sem que se comprometa esse equilíbrio é a grande questão que se impõe no Direito Ambiental.

⁵³ COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 45.

Paulo Affonso Leme Machado elucida que o equilíbrio pretendido não é a total conservação do meio:

O estado de equilíbrio não visa à obtenção de uma situação de estabilidade absoluta, em que nada se altere. É um desafio científico, social e político permanente aferir e decidir se as mudanças ou inovações são positivas ou negativas⁵⁴.

José Afonso da Silva desenvolve algumas considerações acerca do equilíbrio exigido na norma constitucional:

O ecologicamente refere-se, sim, também à harmonia das relações e interações dos elementos do habitat, mas deseja especialmente ressaltar as qualidades do meio ambiente mais favoráveis à qualidade da vida. Não ficará o Homem privado de explorar os recursos ambientais na medida em que isso também melhora a qualidade de vida humana; mas não pode ele, mediante tal exploração, desqualificar o meio ambiente de seus elementos essenciais, porque isso importaria desequilibrá-lo e, no futuro, implicaria seu esgotamento⁵⁵.

O autor afirma que a utilização dos recursos naturais deve guardar correlação com padrões mais elevados na qualidade de vida humana, mas ressalta que essa exploração está condicionada à preservação dos elementos essenciais do meio ambiente, pois, do contrário, em um prognóstico mais pessimista, chegar-se-ia ao seu esgotamento.

O que se pode inferir dos trechos transcritos é que não há uma fórmula pronta para se alcançar o equilíbrio almejado pela Constituição, mas se sabe que adoção de políticas que visem à exploração em grau máximo desses recursos não se coaduna com a referida norma. Assim, existe uma consciência acerca dos extremos inviáveis, qual seja a não alteração total e a exploração em proporções alarmantes que rapidamente esgotaria os recursos naturais.

Outro ponto de exame relevante é que mesmo a busca por melhora na qualidade de vida não legitima o consumo total dos recursos naturais, uma vez que a presente geração assume o compromisso de preservar o meio ambiente para as futuras. Essa é a ideia central da equidade intergeracional, que também está prevista no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, mas cuja análise será

⁵⁴ MACHADO, 2010, op. cit., p. 58.

⁵⁵ SILVA, 2010, op. cit., p. 88.

desenvolvida com maior profundidade na realização do estudo sobre o desenvolvimento sustentável.

1.2.3. Os princípios constitucionais ambientais

A doutrina tem apresentado diversos princípios constitucionais ambientais, ou mesmo, subprincípios. Por exemplo, Paulo Affonso Leme Machado apresenta o seguinte rol: princípio do direito ao meio ambiente equilibrado, princípio do direito à sadia qualidade de vida, princípio do acesso equitativo aos recursos naturais, princípios do usuário-pagador e poluidor-pagador, princípio da precaução, princípio da prevenção, princípio da reparação, princípio da informação, princípio da participação e o princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público.

Já Nicolao Dino Castro e Costa Neto confere destaque a outros princípios, como o da função socioambiental da propriedade, o do desenvolvimento sustentável, o da integração e cooperação entre os povos e o da correção na fonte.

Paulo de Bessa Antunes ainda acrescenta os princípios do equilíbrio, da capacidade de suporte e da responsabilidade.

Os três autores foram citados apenas para demonstrar que não há o estabelecimento de um único conjunto de princípios informadores da ordem constitucional ambiental, embora alguns sejam unânimes na doutrina. São sobre esses princípios que trataremos neste tópico, embora outros já tenham sido apreciados no momento de análise do art. 225 da Constituição. São eles: o princípio da prevenção, o princípio da precaução e o princípio do poluidor-pagador. O princípio do desenvolvimento sustentável, em razão da sua importância para este trabalho, será estudado separadamente.

O princípio da prevenção tem por fundamento impedir ou minimizar os impactos ambientais de atividades econômicas que, a partir de indicações técnicas, podem ser previamente identificadas como potencialmente degradadoras. A aplicação do princípio é de grande relevância, eis que danos ambientais, com grande frequência, são tão maléficos que as tentativas de reparação são pouco ou nada eficientes. Desse modo, a proteção ambiental é muito mais eficaz quando adota mais medidas preventivas do que reparadoras.

Paulo de Bessa Antunes salienta a importância do licenciamento ambiental e dos estudos de impacto ambiental para dar concretude ao princípio em análise, pois “tanto o licenciamento quanto os estudos prévios de impacto ambiental são realizados com base em conhecimentos acumulados sobre o meio ambiente”⁵⁶, e, portanto, mostram-se eficazes para evitar danos que ocorreriam sem análise preventiva.

No mesmo sentido, Paulo Affonso de Leme Machado afirma que não há prevenção sem pesquisa prévia e informações sobre os possíveis danos, separando em cinco tópicos a aplicação do princípio da prevenção:

1º) Identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de mapa ecológico; 3º) planejamentos ambiental e econômicos integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para valorização das áreas de acordo com sua aptidão; e 5º) Estudo de Impacto Ambiental⁵⁷.

Outro aspecto que não pode ser menosprezado – e que também é magistralmente lembrado por Paulo Affonso Leme Machado⁵⁸ – é que a prevenção não pode ser concebida como algo estático, sendo imperativa sua atualização. Ela deve evoluir simultaneamente às transformações percebidas nas atividades econômicas, a partir de incrementos tecnológicos, para que as medidas preventivas, como as políticas públicas, não se revelem obsoletas.

O princípio da precaução pode ser considerado como um passo a mais dado na direção da preservação do meio ambiente em relação ao princípio da prevenção. Ambos têm o mesmo escopo, qual seja evitar e prevenir danos ambientais, mas diferem-se quanto ao início de suas atuações.

Como visto acima, no princípio da prevenção, o impedimento de ações que causam graves impactos no meio ambiente está amparado em estudos e informações que concluem pelo potencial degradante da atividade. Já no princípio da precaução, age-se previamente à confirmação científica da lesividade de certas atividades ou substâncias.

⁵⁶ ANTUNES, 2010, op. cit., p.45.

⁵⁷ MACHADO, 2010, op. cit., p. 92.

⁵⁸ Ibidem, p. 92.

Nessa linha, a incerteza científica não é justificativa para a liberação de desempenho da atividade, uma vez que a conclusão sobre os malefícios poderá ser manifestamente tardia aos próprios danos sentidos pela coletividade.

Exige-se, por conseguinte, a adoção de barreiras pelo Estado à utilização de substâncias e tecnologias cujos malefícios ainda não foram seguramente revelados:

Se o risco é considerado elevado e incerto, o princípio da precaução recomenda ao Estado que, nesse caso, não espere por certeza científica para adotar uma medida corretiva de modo que evite a possibilidade de um significativo impacto ambiental. Uma atitude de cautela em relação ao meio ambiente pressupõe uma conduta de precaução pelo Estado, que, na dúvida, deve postergar a decisão de aceitar novas tecnologias, novos empreendimentos, produtos e substâncias sobre os quais recaem suspeitas de serem prováveis causadores de graves e irreversíveis danos ambientais⁵⁹.

O princípio da precaução decorre do princípio *in dubio pro ambiente* e gera como efeito prático o ônus do empreendedor de provar a ausência de lesividade da atividade econômica.

No entanto, Maurício Mota adverte para que não se recaia na adoção do princípio da precaução apenas para disfarçar a determinação de barrar determinados produtos ou empreendimentos em razão, por exemplo, de competitividade no comércio internacional, eis que “notórias são as decisões as quais a proteção à saúde e ao meio ambiente são utilizadas como pretexto para, em verdade, proteger outros interesses”⁶⁰.

Cumpra mencionar que, como no princípio da prevenção, o princípio da precaução merece contínuas atualizações e reavaliações, dado o caráter dinâmico do objeto sobre o qual se aplica: a atividade econômica.

Em relação ao princípio do poluidor-pagador, este foi agasalhado pela Declaração do Rio, em seu princípio 16, que assim dispõe:

Principle 16 - National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear

⁵⁹ DERANI, Cristiane; RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Princípios gerais do direito internacional ambiental. In: **O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental** (Organizador Aurélio Virgílio Veiga Rios). São Paulo: Peirópolis; Brasília, DF: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

⁶⁰ MOTA, Maurício. **Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade**. Revista do Direito Ambiental. v. 50, ano 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2008. p. 209.

the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment⁶¹.

Este princípio é uma verdadeira reação global ao modo de produção econômica, que se utilizava dos recursos naturais disponíveis, sem qualquer preocupação com seus resultados negativos sobre o meio ambiente.

Os agentes econômicos apropriavam-se, privativamente, dos lucros, mas, em relação aos danos ambientais, promoviam verdadeira socialização destes, que eram resultados dos processos de industrialização, como a contaminação do solo e das águas por metais pesados, poluição atmosférica em decorrência da fumaça tóxica advinda das fábricas e, mesmo, as embalagens e os resíduos sem destino certo após o consumo.

Todos esses resultados maléficos da produção são chamados pela doutrina de externalidades negativas:

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas "externalidades negativas". São chamadas externalidades porque, embora resultem da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado⁶².

Percebeu-se que o único modo de conscientizar os produtores acerca dos males por eles causados ao meio ambiente deveria ser a internalização dos custos atinentes a esses danos. Assim, o agente econômico – independentemente de sua posição na cadeia produtiva, isto é, podendo ser o produtor, o transportador, o comerciante, assim como o consumidor – deveria arcar com os custos da degradação ambiental, mas sem que se confunda o princípio com a estrita concepção de responsabilidade civil.

A ideia preponderante do princípio do poluidor-pagador está focada, sobretudo, na prevenção – o que, como podemos depreender de tudo até agora exposto, é a ideia geral da proteção ambiental, dada a peculiaridade do bem tutelado e dada a dificuldade ou impossibilidade da reparação –, de modo que o agente econômico deva agir para diminuir, neutralizar, compensar ou afastar o

⁶¹ Tradução livre: "As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e a utilização de instrumentos econômicos, levando em conta a abordagem de que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, tendo em conta o interesse público e sem promover distorções do comércio e investimentos internacionais". REPORT OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT - RIO DECLARATION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>. Acesso em: 30/04/2011.

⁶² DERANI; RIOS, 2008, op. cit., p. 108.

dano⁶³. Já a responsabilização civil só ocorre com a existência do dano, compondo os instrumentos de tutela do meio ambiente, mas devendo ser, especialmente, considerado como subsidiário à aplicação do princípio do poluidor-pagador.

A imposição de internalização dos custos econômicos da degradação gera, no sujeito econômico, um estímulo pela busca contínua de novas formas de produção cada vez menos poluidoras.

Há uma longa discussão sobre a efetividade dessa internalização dos custos, uma vez que os produtores podem simplesmente repassar aos consumidores os gastos referentes às medidas adotadas em decorrência do princípio. De certa forma, a coletividade, porque precisa dos produtos para a sua sobrevivência ou conforto, não pode ser considerada isenta de responsabilidade ambiental, devendo, em parte, contribuir para que o sistema produtivo acolha políticas que visem à diminuição, à compensação e à supressão dos danos ambientais. É ela, na verdade, a maior interessada, pois, do contrário, continuará a receber as externalidades negativas.

A análise dos princípios acima será útil no capítulo referente à análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal.

1.3. A livre iniciativa e a liberdade de exercício da atividade econômica

Antes de iniciarmos a análise sobre a livre iniciativa e a liberdade de exercício da atividade econômica, é importante salientar que será realizado um recorte nos estudos doutrinários acerca do tema, em razão de sua complexidade e de sua abrangência, existindo pontos que acabam por fugir da proposta do presente trabalho, como os estudos sobre a participação do Estado na economia, os serviços públicos, a defesa da concorrência e outros.

Historicamente, a livre iniciativa é uma verdadeira expressão da liberdade geral, valor herdado do Estado Liberal, que determinava o distanciamento do Estado das relações privadas de seus súditos. Esse valor deu forma aos conhecidos direitos de primeira dimensão.

Eros Roberto Grau expõe que sua gênese está atrelada ao

⁶³ Ibidem, p. 107.

postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 –, inscreve-se plenamente no Decreto d'Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma “patente” (imposto direito), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis⁶⁴.

Mas é com a Lei Le Chapelier, de 1791, que extinguiu todas as espécies de corporações, que o princípio ficou realmente consagrado.

Observa-se que a livre iniciativa originou-se simultaneamente com a liberdade de exercício de qualquer trabalho. E não podia ser diferente, uma vez que ambas expressam a liberdade no seu sentido econômico e social, ou seja, dão contornos à liberdade do indivíduo de desenvolver a atividade, profissional ou econômica, que lhe der maior satisfação pessoal. No entanto, cumpre ressaltar que, mesmo sob a égide do Estado Liberal, a livre iniciativa não se apresentava de forma absoluta, como bem destacou o trecho transcrito.

A Constituição de 1988 incorporou a liberdade de iniciativa em seu texto, reservando-lhe dois importantes espaços. Em um primeiro momento, define que esta é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, IV⁶⁵, e volta a mencioná-la no art. 170, *caput*⁶⁶, como um dos fundamentos da ordem econômica.

Na primeira menção, ao ser disposta junto aos valores sociais do trabalho, relembra o conteúdo referente à sua ascensão histórica, pois “conduz necessariamente à livre escolha de trabalho, que, por sua vez, constitui uma das expressões fundamentais da liberdade humana”⁶⁷. Sua compreensão, portanto, deve ocorrer em conjunção com o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, insculpido no art. 5º, XIII⁶⁸, da Constituição.

Sua vinculação à liberdade de exercício do trabalho é relevante, pois atribui à livre iniciativa um modo de expressão da própria dignidade da pessoa humana, pois o trabalho ou o exercício de uma atividade econômica devem ser

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 203.

⁶⁵ “Art. 1º 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:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

⁶⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003. p. 115

⁶⁸ “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”

dignos, de modo que permitam que o indivíduo alcance sua realização pessoal e que o remunerem adequadamente para que possa adquirir os bens essenciais à manutenção de uma vida com qualidade.

Alguns autores, inclusive, sustentam a sua inclusão no rol dos direitos fundamentais:

Na verdade esta liberdade é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles deveria ser incluída. Todavia, cumpre deixar certo que o Texto Constitucional de 1988 em seu art. 5º, que trata do rol dos direitos fundamentais, assegura no *caput* do citado artigo a inviolabilidade do direito à liberdade, entendida esta em seu sentido amplo, que acaba por abarcar também a liberdade de iniciativa⁶⁹.

A liberdade de exercício de qualquer atividade econômica é a grande manifestação da livre iniciativa sob o viés econômico e está disposta no parágrafo único do art. 170 da Lei Fundamental:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei⁷⁰.

Este princípio é um dos mais relevantes do sistema capitalista e sua origem remonta à evolução do direito de propriedade, mas, como salienta Lafayette Josué Petter, “dele se destacou por razões de natureza econômica, pois, com o incremento do comércio, a atividade econômica passou a considerar-se destacada da propriedade, com a qual, anteriormente, sempre fora associada”⁷¹.

Portanto, com o desenvolvimento do comércio, houve a ruptura da atividade econômica e da propriedade, passando a existir dois núcleos autônomos no sistema da economia, quais sejam a propriedade e a liberdade de iniciativa. Esta consiste no poder de desenvolver atividade econômica organizada para o fim de produção ou troca de bens ou serviços, sendo considerada como o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista, enquanto a propriedade seria o modo estático.

O livre exercício da atividade econômica, ao se desancorar da propriedade, passou a se vincular à liberdade geral, aproximando-se dos direitos

⁶⁹ BASTOS, 2003, op. cit., p. 117.

⁷⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 07/05/2011.

⁷¹ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 164-165.

fundamentais. No entanto, o desenvolvimento do modo de produção capitalista, ocorrendo verdadeira concentração econômica na mão de poucos grupos, acabou desvirtuando a ideia original do princípio, que era a liberdade pessoal de realizar a atividade econômica, havendo, assim, uma separação da empresa da pessoa. Por esse motivo, alguns entendem que o livre exercício da atividade econômica não poderia ser considerado um direito fundamental.

Este princípio é essencial dentro do sistema capitalista, eis que através dele se viabiliza seu objetivo, o desenvolvimento.

A liberdade de iniciativa econômica é mesmo substrato da realidade econômica da empresa, a qual se tem projetado em diversos ângulos da normatividade jurídica e constitui um dos suportes fundamentais do processo de desenvolvimento⁷².

No entanto, o modo de produção capitalista, na sua busca da lucratividade – fundamentado na teoria do homem econômico, cujo comportamento “retrataria a imagem do indivíduo cujas ações sempre racionais derivam exclusivamente de seus interesses econômicos dentro da sociedade”⁷³ – acabou gerando enormes problemas de ordem social, necessitando de uma reformulação e da adoção, pelos Estados, de posturas mais atuantes na economia, ou, ao menos, de controle dos abusos econômicos.

Assim, subsistem no constitucionalismo contemporâneo, até porque o sistema capitalista ainda é o que vigora, a livre iniciativa e a liberdade de exercício da atividade econômica, mas com temperamentos que serão observados no ponto sucessor.

1.3.1. A ordem econômica, seus fundamentos e seus princípios

A inserção de disposições acerca de uma ordem econômica na Constituição só foi possível em meados do século XX, quando o mundo, abalado por duas grandes guerras e sensível às teorias socialistas, passou a enxergar a necessidade de um intervencionismo estatal na economia. Até então vigia

⁷² PETER, 2005, op. cit., p. 166.

⁷³ Ibidem, p. 30.

plenamente o liberalismo, que afastava da função estatal qualquer atuação na ordem econômica e nos problemas sociais, que, segundo Celso Ribeiro Bastos, “eram da alçada dos particulares”⁷⁴.

Embora em alguns países a ordem liberal tenha sido posta em cheque, como no caso da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, o modo de produção capitalista sobreviveu na maior parte dos Estados, sobretudo ocidentais, mas teve que ceder espaço, nas constituições, a normas que permitissem uma atuação positiva estatal.

Assim, mesmo com a ruptura do sistema marxista, as atuais Leis Fundamentais continuam a manter certos temperamentos à ordem liberal, que podem ser revelados por alguns espaços de atuação direta do Estado na atividade econômica, pelo desempenho do papel regulatório estatal e, ainda, pela imposição de observância de fundamentos e princípios no exercício da atividade econômica.

Em vários momentos, o cumprimento desses princípios importará em discordâncias pelo detentor do poder econômico, mas ainda assim deverão permanecer válidos e obrigatórios, pois o desenvolvimento econômico só é legítimo se atender a outros anseios da sociedade, como o desenvolvimento cultural, social, educacional. De forma sustentável, é claro.

A Constituição de 1988 elegeu como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a existência digna e a justiça social. Ao tratarmos da livre iniciativa, acabamos tocando nos pontos principais destes fundamentos, mas ainda cabe reforçar seus significados para a ordem constitucional.

Em relação à valorização do trabalho humano, como já dito, além de fundamento da ordem econômica é também elevada a fundamento da República Federativa do Brasil, junto com a livre iniciativa.

A valorização do trabalho humano é mais uma expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que importa em enxergar no trabalho uma das formas de realização da pessoa, acompanhado de recebimento de salário condizente com a atividade desempenhada e que, portanto, “torne o trabalho materialmente digno”⁷⁵.

⁷⁴ BASTOS, 2003, op. cit., p. 107.

⁷⁵ Ibidem, p. 113.

Não há como negar que o fundamento da existência digna esteja entrelaçado aos demais. A ordem econômica deve ter por finalidade um ganho qualitativo de vida a todos os indivíduos, reduzindo os níveis de miséria experimentados por grande parte da população, e não apenas aos detentores do poder econômico. Mais uma vez se vê o princípio da dignidade da pessoa humana influenciando os rumos da atividade econômica.

Celso Ribeiro Bastos apresenta reflexão sobre o fundamento:

Embora países como o Brasil não se encontrem bem posicionados em termos de erradicação da pobreza, não há dúvida que essa uma meta em tese alcançável em tempo relativamente curto, se forem conjugadas medidas de desenvolvimento econômico acelerado com expedientes voltados à redistribuição de riquezas⁷⁶.

Embora seja compreensível e necessária a preocupação com a erradicação da pobreza brasileira, não parece que a solução apresentada pelo autor seja necessariamente a mais adequada, pois em nome de um “desenvolvimento econômico acelerado”, muitos outros valores são desprezados, sobretudo o meio ambiente, como muito se viu ao longo das transformações econômicas desde a Revolução Industrial.

Para completar, há ainda o fundamento da justiça social, que é destacado pela doutrina como um conceito de difícil precisão, mas que está vinculado ao fundamento da existência digna e encontra, na distribuição mais equânime da renda, uma de suas expressões.

Quanto aos princípios da ordem econômica, são estes: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente (inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação), redução das desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Merece menção a formulação pela doutrina de um princípio denominado princípio da função socioambiental da propriedade, evidenciando a necessidade de análise conjunta de dois dos princípios expressos no texto constitucional.

⁷⁶ BASTOS, 2003, op. cit., p. 127.

Há um conjunto de normas constitucionais que permitem a compreensão de que o direito de propriedade não é absoluto, como fora concebido no auge do liberalismo. Esses dispositivos conduzem à ideia de que o exercício do direito à propriedade deve estar atrelado a outros valores também de *status* constitucional, que, por vezes, contrariam os próprios desejos do proprietário⁷⁷.

São normas que ressaltam a função social do direito em tela, sendo tal função capaz de relacioná-lo aos demais direitos fundamentais, bem como aos objetivos essenciais da República, “entre os quais se destaca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais”⁷⁸.

O princípio da função social da propriedade remete, portanto, à observância da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a função social só terá completude se agregar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que está presente entre os princípios da ordem econômica no art. 170, VI, que se refere à defesa do meio ambiente.

Segundo Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, é o princípio da função socioambiental que permite que se aponham institutos de conteúdo limitador:

A função ecológica do direito de propriedade opera como fator legitimador de imposição de restrições ao seu uso, tais como a instituição de áreas de preservação permanente e de reservas florestais legais. Em verdade, a utilização racional e adequada dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente constituem elementos condicionadores da legitimidade do direito de propriedade, balizando o cumprimento de sua função social⁷⁹.

Cabe, por fim, ressaltar que a função socioambiental é inerente ao próprio direito de propriedade, pois satisfaz, como mencionado, outros valores de mesma posição constitucional, e o simples fato de se adquirir a propriedade já impõe a observância às suas restrições.

1.4. O princípio do desenvolvimento sustentável

⁷⁷ Arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, III, da Constituição Federal de 1988.

⁷⁸ COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 53.

⁷⁹ Ibidem, p. 56.

O capitalismo, mais que um modo de produção, conseguiu promover e firmar uma nova ideologia. Através de sua conquista tecnológica de produção em larga escala, o sistema capitalista permitiu que houvesse uma revolução no consumo.

Uma gama cada vez maior de produtos tornou-se disponível no mercado e isso gerou ganhos no conforto da vida moderna. No entanto, essa não é a única perspectiva possível do sistema capitalista.

Embora seja inegável que o capitalismo proporcionou um incremento no conforto, através de seus produtos e serviços, não se pode deixar de salientar que este não fora sentido por toda a população, sequer pela maior parte dela. Aprofundou-se a divisão entre ricos e pobres, de modo que apenas os primeiros conseguiram obter as vantagens do modo de produção vigente.

Nessa esteira, o modo de exploração capitalista revelou-se excessivamente predatório, porque não enxergava limites na acumulação de riquezas e revelava-se pouco sensível às mazelas dos excluídos do sistema.

A reviravolta começou a partir da própria constatação dos detentores do poder econômico que o caminho trilhado de crescimento econômico e acumulação sem freios poderia causar o próprio colapso do sistema capitalista.

Na lógica da própria tecnoburocracia (capitalista) haveria o reconhecimento de que o desenvolvimento capitalista estaria ameaçado porque as suas bases de reprodução estariam sendo comprometidas⁸⁰.

Nessa perspectiva de comprometimento do próprio modo de produção capitalista, encontra-se a conclusão pela finitude dos recursos naturais, que até então eram vistos apenas como matéria-prima para o processo industrial.

A possibilidade de esgotamento dos recursos naturais é decorrente da análise que a natureza e a produção capitalista possuem ritmos diversos. Enquanto a natureza possui um processo cíclico – de nascimento, crescimento, reprodução, morte e, aí sim, novamente nascimento –, a exploração capitalista demanda um crescimento econômico progressivo, sem espera dessa renovação natural.

Carla Daniela Leite Negócio e Ela Wiecko Volkmer de Castilho expõem de forma bastante clara a ideia apresentada:

⁸⁰ ACSELRAD, Henri APUD COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 59.

Esse modo de ver, entretanto, revela um descompasso com a economia circular da natureza, que tem como pressuposto não uma ideia de progresso contínuo, mas a qualidade cíclica dos processos naturais – a transição das estações, o crescimento, a decadência e o renascimento da vida⁸¹.

Em acréscimo ao não atendimento da renovação necessária de determinados recursos, ficou comprovado que outros amplamente explorados, sobretudo como matriz energética – carvão, petróleo –, não são sequer renováveis.

Foi necessária, portanto, a construção de um novo paradigma de utilização dos recursos naturais, que tem sido buscada pela sustentabilidade do desenvolvimento econômico.

1.4.1. Crescimento econômico x desenvolvimento econômico

Uma questão relevante para a proposta deste trabalho é reforçar a ideia de que os conceitos de crescimento econômico e de desenvolvimento econômico não se confundem, embora parte da doutrina não dê a devida ênfase à questão.

Há autores que afirmam haver, na verdade, duas correntes que se debruçam sobre o tema, sendo uma pela unidade de crescimento e desenvolvimento econômico e outra, que propõe a distinção dos conceitos:

Há, ainda hoje, duas correntes que se confrontam quando definem o desenvolvimento: uma que associa o desenvolvimento ao crescimento econômico, e outra que os distingue. A primeira possui natureza quantitativa e refere-se ao conceito tradicional de desenvolvimento, que limita seus benefícios a frutos econômicos e financeiros, nem sempre – ou quase nunca – aferíveis pela generalidade da população. A segunda agrega valores ao conceito de desenvolvimento, considerando outras variáveis que influenciam diretamente na aquisição de bem-estar e qualidade de vida⁸².

A filiação à segunda corrente mostra-se absolutamente mais adequada com os ditames constitucionais do que à primeira, eis que esta ainda está impregnada do liberalismo extremo que não vislumbra a incorporação dos novos

⁸¹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; NEGÓCIO, Carla Daniela Leite. Meio ambiente e desenvolvimento: uma interface necessária. In: **Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável** (Coordenadores Suzi Huff Theodoro, Roberto Carlos Batista e Izabel Zaneti). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 50.

⁸² *Ibidem*, p. 57.

direitos, sobretudo os sociais, e se distancia do princípio da dignidade da pessoa humana, ao não se preocupar com a real divisão dos ganhos com a coletividade.

Assim, o crescimento econômico está relacionado a aspectos mais quantitativos de produção e lucratividade. No plano da economia nacional, pode ser bem expresso por indicadores econômicos como o Produto Interno Bruto – PIB e o Produto Nacional Bruto – PNB.

Já o desenvolvimento econômico é muito mais abrangente. Em seu conceito está inserido o de crescimento econômico, mas aquele também trabalha com os aspectos qualitativos deste, de forma que tenham sido observados os fundamentos e princípios da ordem econômica.

Vale dizer, enfim, que o desenvolvimento econômico não pode ser definido apenas em termos de PNB (Produto Nacional Bruto) real por habitante ou de consumo real por habitante, porque deve ser alargado, a fim de incluir outras dimensões, tais como a educação, a saúde, a qualidade do meio ambiente e, conseqüentemente, a qualidade de vida⁸³.

Desse modo, só pode se falar em desenvolvimento quando este, a partir do crescimento nos ganhos, promove distribuição mais equânime da renda, bem como quando respeita os princípios da função social da propriedade e, obviamente, da defesa do meio ambiente.

Lafayette Josué Petter explicita adequadamente a diferença:

Ora, como visto em outra parte, o capitalismo propicia o crescimento econômico, mas o desenvolvimento econômico é aquele que afere a dignidade da existência de todos, num ambiente de justiça social. (...) Acresce-se, ainda, ser de extrema importância este renovado aspecto conceitual, pois existem evidências de que é possível um país crescer sem desenvolver-se⁸⁴.

Portanto, o desenvolvimento econômico não pode ser considerado um valor contraposto à justiça social, à existência digna e, especialmente, ao direito ao meio ambiente, ou seja, todos que representam o princípio da dignidade da pessoa humana, porque este conceito já contém todos esses elementos, diferentemente do que ocorre quando tratamos exclusivamente do crescimento econômico.

⁸³ SILVA, 2010, op. cit., p. 26.

⁸⁴ PETTER, 2005, op. cit., p. 83.

1.4.2. A construção do princípio do desenvolvimento sustentável

A origem do princípio do desenvolvimento sustentável está atrelada ao próprio reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio, uma vez que a preocupação mundial com o meio ambiente nasceu da própria constatação de que este não suportaria, ao menos por muito tempo, o modo de exploração vigente, sendo imprescindível uma atitude global de controle do crescimento econômico desenfreado e a todo custo.

Foi a partir do Relatório elaborado pela Comissão Brundtland, oficialmente conhecido como Relatório “Nosso Futuro Comum”, em 1987, que a expressão desenvolvimento sustentável ficou globalmente firmada. Entretanto, é inegável a contribuição de outros documentos internacionais para a formação do princípio do desenvolvimento sustentável.

O mencionado Relatório assim destacou:

O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.

(...)

Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas⁸⁵.

Já na Declaração resultante da Conferência de Estocolmo, de 1972, expressou-se a necessidade de utilização dos recursos naturais de forma consciente de sua indispensabilidade para as futuras gerações, não sendo possível cogitar o esgotamento desses recursos, sendo imperiosa a intervenção do Estado no processo de desenvolvimento econômico para assegurar a capacidade de renovação dos recursos.

A proposta embrionária do desenvolvimento sustentável não foi uniformemente aceita, eis que os países subdesenvolvidos enxergaram nela a sua perpetuação no subdesenvolvimento e na miséria. Acreditavam que esta era apenas mais uma medida injusta dos países já desenvolvidos – e que já tinham explorado

⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. A ONU e o meio ambiente. Disponível em: <http://onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 14/05/2011.

francamente seus recursos e de outros países, como resultado do processo de colonização – para que não houvesse uma reversão nas suas expectativas de progresso.

Todavia, essa concepção quase conspiratória dos países subdesenvolvidos foi começando a ser substituída pela inevitável compreensão de que o planeta não resistiria se a exploração econômica dos recursos naturais não sofresse um choque ideológico, representado pela sustentabilidade do desenvolvimento econômico.

Na ECO-92, verificou-se uma maior participação dos países na busca de soluções para o problema da degradação ambiental. Um dos resultados da conferência foi a Agenda 21, que, conforme expôs Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, estabeleceu que

a economia internacional deve propiciar um ambiente de cooperação indispensável à elaboração de políticas econômicas internas capazes de promover a interligação entre desenvolvimento econômico e meio ambiente sadio, mediante os seguintes passos: a) promoção do desenvolvimento sustentável por meio da liberalização do comércio; b) estabelecimento de um apoio recíproco entre comércio e meio ambiente; c) oferta de recursos financeiros suficientes aos países em desenvolvimento e iniciativas concretas diante do problema da dívida internacional; d) estímulo a políticas macroeconômicas favoráveis ao meio ambiente e ao desenvolvimento econômico⁸⁶.

A condição de princípio constitucional no ordenamento brasileiro é decorrência necessária da leitura combinada dos arts. 170, *caput* e inciso VI, e 225, *caput*, da Constituição Federal. No entanto, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, já trazia a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico⁸⁷.

O princípio do desenvolvimento sustentável é a verificação de que se deve buscar a compatibilização da exploração dos recursos naturais pela atividade econômica, de forma que seja realizada com racionalidade, para que não se chegue ao ponto crítico de esgotamento dos recursos, preservando-se o direito ao meio

⁸⁶ COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 64.

⁸⁷ “Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;” BRASIL. Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 13/05/2011.

ambiente sadio das presentes e das futuras gerações e garantindo, cada vez mais, qualidade de vida a todos.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto define com precisão o princípio em análise:

Tal princípio sintetiza um dos mais importantes pilares da temática jus-ambiental, compondo o núcleo essencial de todos os esforços empreendidos na construção de um quadro de desenvolvimento social menos adverso e de um cenário de distribuição de riquezas mais equânime. Numa visão eco-integradora, trata-se de estabelecer um liame entre o direito ao desenvolvimento, em todas as suas dimensões (humana, física, econômica, política, cultural, social), e o direito a um meio ambiente sadio, edificando condições para que a humanidade possa projetar o seu amanhã⁸⁸.

Cristiane Derani e Aurélio Virgílio Veiga Rios apresentam-no não como um princípio, mas um conjunto de valores:

O desenvolvimento sustentável traduz um conjunto de valores ancorados em condutas relacionadas à produção, para que o resultado seja a compatibilização da apropriação dos recursos naturais com sua manutenção e construção de um bem-estar (nos dizeres da Constituição brasileira, “da sadia qualidade de vida”). Em outras palavras, o princípio, para sua realização, necessita da concretização dos valores e diretrizes próprios ao direito ambiental, ao desenvolvimento social e econômico, à equidade e ao bem-estar⁸⁹.

Diversos autores traçam uma definição para o princípio, cada um a seu modo, obviamente, mas alguns elementos do desenvolvimento sustentável são unânimes.

O desenvolvimento sustentável deve se apoiar no desenvolvimento econômico⁹⁰ e no direito ao meio ambiente sadio, devendo, dessa interação, ser colhido um incremento na existência digna e na justiça social. Está evidente, portanto, que o desenvolvimento sustentável não se preocupa apenas com a exploração adequada dos recursos naturais como forma de preservação do meio ambiente, mas também que essa utilização leve em consideração todo o espectro de valores que englobam a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁸⁸ COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 57.

⁸⁹ DERANI; RIOS, 2008, op. cit., p. 89.

⁹⁰ “(...) isto implica dizer que a política ambiental não deve se erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material”. MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53.

É por isso que Nicolao Dino de Castro e Costa Neto afirma que sustentabilidade não é um conceito uniforme, comportando, ao menos, cinco dimensões⁹¹, quais sejam a social, a econômica, a ecológica, a geográfica e a cultural⁹².

Outro elemento indispensável do princípio do desenvolvimento sustentável é a equidade intergeracional, que tem sido, inclusive, mencionada na doutrina como mais um princípio. No entanto, sua análise no presente trabalho será realizada em conjunto com a sustentabilidade do desenvolvimento, pois a ideia de preservação do meio ambiente para as presentes gerações e para as futuras floresceu junto à construção, em documentos internacionais, do princípio em análise, como pode ser comprovado pelos trechos do Relatório “Nosso Futuro Comum”, aqui transcritos.

Embora não seja possível conhecer com exatidão as necessidades das gerações vindouras, é necessário que os futuros habitantes do planeta também sejam levados em conta nas políticas ambientais adotadas atualmente. Afinal, não foi do esforço da presente e das antecessoras gerações que se fizeram os recursos naturais, não existindo, portanto, o direito à apropriação dos recursos naturais até o seu esgotamento. Trata-se, portanto, de reconhecer a transgeracionalidade do patrimônio natural.

A preocupação com a entrega às futuras gerações de um meio ambiente com qualidade é resultado de uma concepção ética e solidária da economia:

Explicitar os estilos de desenvolvimento ecologicamente prudentes e socialmente justos é uma tarefa de primeiríssima importância para uma economia política ampla e consciente de sua dupla dimensão ética: as finalidades sociais do desenvolvimento e o cuidado com o futuro, em nome da solidariedade com as gerações vindouras⁹³.

Pelo exposto, o desenvolvimento sustentável é um novo paradigma de desenvolvimento econômico que integra diversos elementos – social, ambiental, econômico, cultural –, pois reconhece a necessidade de progresso pelas nações, mas de forma que sejam respeitados os direitos fundamentais, garantindo uma existência digna não apenas para esta geração, mas também para as vindouras.

⁹¹ Carla Daniela Leite Negócio e Ela Wiecko Volkmer de Castilho também apresentam as cinco dimensões do desenvolvimento sustentável, com base nos ensinamentos de Ignacy Sachs, adotando, entretanto, quanto à dimensão geográfica, a terminologia espacial. CASTILHO; NEGÓCIO, 2008, op. cit., p. 59.

⁹² COSTA NETO, 2003, op. cit., p. 63.

⁹³ CASTILHO; NEGÓCIO, 2008, op. cit., p. 57.

Embora do ponto de vista teórico tenha sido firmada uma harmonia entre economia e preservação ambiental, a realidade ainda apresenta conflitos entre os interesses econômicos e o dever de tutelar o meio ambiente, especialmente pela permanência da concepção atrasada do crescimento a todo custo. Além disso, rompem-se discussões na sociedade quanto à forma procedida de exploração de determinada atividade econômica e sua adequação ao ideal de sustentabilidade.

Em relação aos conflitos que ainda pairam sobre nós, trataremos do juízo de ponderação e da inclusão do princípio do desenvolvimento sustentável na busca de soluções racionais no próximo capítulo.

Capítulo 2 – A resolução de conflitos entre princípios constitucionais

2.1. Introdução

O segundo capítulo do presente trabalho é dedicado à análise de um fenômeno que tem sido profundamente estudado no âmbito do Direito Constitucional: a ocorrência de colisão entre princípios constitucionais e as possibilidades de resolução.

É importante salientar que, dada a complexidade do tema, não há aqui a pretensão de esgotá-lo, nem mesmo de firmar posicionamentos acerca do acerto da doutrina quanto à formulação de um método para solucionar o conflito. Serão apresentadas as posições doutrinárias favoráveis e contrárias à ponderação dos princípios constitucionais.

Para tanto, a análise começará pela compreensão da diferença entre princípios e regras, espécies do gênero normas jurídicas. Em um segundo momento, o estudo tratará do princípio ou máxima da proporcionalidade, seus subprincípios e seu relacionamento com outros princípios, como o princípio da razoabilidade. Ainda será comentada a adoção da ponderação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, pretende-se apresentar a relação do princípio do desenvolvimento sustentável com o da proporcionalidade, como um princípio útil na resolução de conflitos entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica, eis que o princípio contempla, em sua definição, a necessidade de ponderação destes para que haja desenvolvimento e preservação ambiental.

2.2. Regras e princípios: diferentes espécies de normas jurídicas

A valorização dos princípios, com a consequente atribuição do seu *status* de norma jurídica, só foi possível com o rompimento do paradigma do positivismo jurídico e com a ascensão do que conhecemos como pós-positivismo – embora até a denominação possa ainda ser modificada em razão de sua recente construção.

O positivismo jurídico surgiu a partir do enfraquecimento do ideal do jusnaturalismo moderno, que se fundava na existência do direito natural – concepção de direitos inatos ao homem, isto é, que decorrem da simples existência do ser humano e são anteriores ao Estado, de modo que qualquer norma emanada por este revela o seu mero reconhecimento, e não a criação do direito⁹⁴ – e foi de suma importância para a formação do Estado Liberal. No entanto, em decorrência do próprio desenvolvimento do Estado de Direito, o jusnaturalismo moderno foi superado, sobretudo em razão do reconhecimento estatal dos direitos em textos constitucionais e do processo de codificação – que tinha a pretensão de regular todo o direito.

Assim, foi criado o ambiente ideal para o florescimento do positivismo jurídico – embora o positivismo tenha se difundido por diversas áreas do conhecimento, sendo, portanto, influente não apenas no Direito – que, a partir de uma convicção superlativa do poder do conhecimento científico, propôs a construção de uma ciência jurídica nos moldes das ciências exatas, que pretendeu retirar a carga valorativa do Direito. Este ponto é muito bem explicado por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça⁹⁵.

O formalismo da lei e a tentativa de esvaziamento do Direito de conteúdo axiológico contribuíram para o surgimento de regimes políticos que, ao justificarem que davam o estrito cumprimento da lei, cometeram atrocidades, como o caso emblemático do nazismo.

⁹⁴ No mesmo sentido: “A crença no direito natural – isto é, nas pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 334.

⁹⁵ Ibidem, p. 335.

Nessa perspectiva, o pós-positivismo surge em contraposição à destituição de valores do ordenamento jurídico.

O pós-positivismo é (...) um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos chamados da nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sob o fundamento da dignidade humana.⁹⁶

Importante ressaltar que a maior contribuição do pós-positivismo foi conferir aos princípios a normatividade que havia sido negada pelo paradigma anterior, o que contribuiu sobretudo para a teoria dos direitos fundamentais. Assim, durante o período do positivismo jurídico, os princípios não foram suprimidos da ordem jurídica, mas foram renegados à condição de postulados de pouca importância, como ensina Paulo Bonavides:

O juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica⁹⁷.

O pós-positivismo conseguiu reunir na Constituição as espécies de normas jurídicas – regras e princípios – e outros valores jurídicos essenciais, como o ideal de justiça e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Cabe, ainda, ser esclarecida a relação de princípios e valores, uma vez que foi exposto que, com o advento do pós-positivismo, condenou-se o afastamento do conteúdo valorativo do Direito, ao mesmo tempo em que foi conferido aos princípios o *status* de norma jurídica. Valores e princípios não se confundem, porque, na verdade, os valores são parte integrante dos princípios, mas não somente destes, eis que fazem parte das normas jurídicas. Dessa forma, os valores estão contidos nas normas, como ideais a serem buscados e mesmo como suas finalidades.

Humberto Ávila resume com precisão essa relação:

Os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado e preservado. Nessa perspectiva, a liberdade é um valor, e, por isso, deve ser buscada ou preservada. Os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores,

⁹⁶ BARROSO; BARCELLOS, 2008, op. cit., p. 337.

⁹⁷ BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 263.

pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido⁹⁸.

A normatividade dos princípios, junto ao que já se concebia acerca das regras, fez nascer uma nova discussão na filosofia do direito: a distinção das duas espécies de normas jurídicas. O estudo das diferenciações das normas jurídicas, embora não seja este exclusivamente o objetivo dos autores, foi especialmente proposto por Ronald Dworkin, assim como seu desenvolvimento é atribuído a Robert Alexy.

Ronald Dworkin propõe a existência de três padrões: as regras, os princípios e as políticas. A análise do presente trabalho cingir-se-á ao conteúdo dedicado aos dois primeiros tipos, bastando apresentar que mesmo o autor reconhece que, por vezes, trata as políticas e os princípios indistintamente sob a denominação de princípio, bem como que a diferença entre os dois padrões reside no fato de que as políticas objetivam melhorias em algum aspecto econômico, político ou social e de que os princípios devem ser observados como medidas de justiça ou equidade⁹⁹.

Em relação à diferença entre regras jurídicas e princípios, afirma que esta tem natureza lógica e ainda que as regras “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”¹⁰⁰, de modo que posto o fato que uma regra regula, verificar-se-á se ela é válida ou não.

A resposta oferecida quanto às regras reside no plano da validade. Uma regra pode ser válida, inválida ou válida porque comporta alguma exceção à sua formulação geral. No caso da invalidez de uma norma dessa espécie, esta pode ser observada no caso de um conflito entre regras que, à primeira vista, regulariam a mesma matéria. Na referida hipótese, apenas uma deverá prevalecer e ser aplicada, pois a validade deverá ser conferida apenas a uma delas¹⁰¹.

No caso de conflito entre regras, aplicar-se-á um dos critérios para a solução de antinomias, cuja previsão se encontra nos parágrafos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁰².

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 146.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹⁰¹ “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”. *Ibidem*, p. 43.

¹⁰² Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Já os princípios, diferentemente das regras, “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”¹⁰³.

A colisão entre princípios não se resolve no plano da validade, eis que diante da existência de aplicação de dois princípios contraditórios, em um dado caso concreto, não se poderá atribuir ao princípio que predominar a condição de válido e, ao outro, a de inválido.

Conforme Dworkin¹⁰⁴, os princípios possuem uma especial dimensão que é a do peso, de modo que, havendo o intercruzamento de princípios passíveis de aplicação em um determinado caso, deverão ser levados em conta o peso ou a importância de cada um.

Robert Alexy parte da ideia de que as regras e os princípios são espécies de normas jurídicas, não admitindo, portanto, o terceiro padrão, as políticas, mencionado por Dworkin.

Ele reconhece a formulação de vários critérios para a distinção entre regras e princípios e inicia pelo critério da generalidade, pois é usado com grande frequência. Segundo tal, os princípios são normas com amplo grau de generalidade, em oposição às regras. No entanto, Alexy não acredita no sucesso da distinção por meio desses critérios¹⁰⁵.

É também por ele adotada a tese de que a diferença entre princípios e regras é mais evidente quando analisadas as hipóteses de colisões entre princípios e conflitos entre regras.

Em relação às regras, não há necessidade de maiores considerações, pois Alexy¹⁰⁶ segue o mesmo raciocínio apresentado por Dworkin.

No que tange aos princípios, Alexy os caracteriza como mandamentos de otimização, uma vez que a satisfação daqueles pode ocorrer em graus variados, levando-se em conta não só os fatos, mas também os fundamentos jurídicos de outros princípios em rota de colisão.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (com nova redação dada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 02/06/2011.

¹⁰³ DWORKIN, 2007, op. cit., p. 40.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 42.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. pp. 88-89.

¹⁰⁶ “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. ALEXY, 2008, op. cit., p. 92.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes¹⁰⁷.

Assim, quando dois princípios colidem, deverá se proceder a uma análise de precedência de um deles em virtude de condições estabelecidas com o caso concreto. Percebe-se que não há como estabelecer previamente qual deverá ceder, isto é, não é um juízo possível de ser realizado em nível abstrato.

Deve-se realizar um sopesamento entre princípios que, embora abstratamente tenham a mesma importância, no caso concreto, mostram-se em níveis de peso distintos.

O método de sopesamento será tratado no ponto seguinte, com a apresentação do princípio da proporcionalidade.

2.3. A ponderação dos princípios em conflito e o princípio da proporcionalidade

Como já exposto, na colisão entre princípios, não será aplicado o mesmo método destinado a solucionar um conflito entre regras, pois não há possibilidade de se declarar um princípio inválido. Os princípios são normas que representam os valores mais essenciais de uma ordem jurídica e só encontram limitação quando, diante de outro princípio que incide sobre o mesmo caso concreto, tiver que ceder, numa relação de precedência condicionada.

Alguns elementos, portanto, já estão claros quanto a uma eventual colisão. A ordem constitucional, pelo princípio democrático, comporta inúmeros valores que são representados por princípios e que, por vezes, são encarados como conflitantes em casos concretos. Assim, qualquer tentativa de resolver o conflito deve ter por base uma hipótese fática determinada, por não haver respostas prévias e abstratas, como ocorre com as regras.

¹⁰⁷ ALEXY, 2008, op. cit., p. 90.

Além disso, por serem essenciais, os princípios não podem ser aniquilados, devendo o confronto passar pela etapa de ponderação, isto é, por terem a dimensão de peso, deverá ser realizado o sopesamento daqueles para o caso concreto. Em outra situação fática, poderá haver a ponderação e atribuir maior peso ao princípio que havia cedido no caso anterior. Em nenhuma hipótese, há a eliminação de um princípio em favor de outro, sendo imprescindível a preservação do núcleo essencial do princípio ao qual for atribuída menor importância.

Dessa característica resulta, ainda, que num eventual confronto entre princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que prevalece para o caso dos conflitos entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, conforme a relevância de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com outro¹⁰⁸.

Importante salientar que a colisão que, até agora, só foi mencionada em termos de princípios, pois o objetivo era a distinção em relação às regras, pode ocorrer em termos de interesses, bens jurídicos, valores e direitos fundamentais. Nesse ponto, vale ressaltar o ensinamento de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

É de ser observado que pode haver tanto uma colisão de direitos fundamentais de titulares diferentes, como um conflito entre um direito fundamental e um outro valor consagrado na Constituição. Veja-se, por exemplo, que o valor da saúde pública pode ensejar medidas restritivas de liberdade de ir e vir (confinamentos), e pode suscitar questões envolvendo a incolumidade física (vacinação obrigatória)¹⁰⁹.

No mesmo sentido, Humberto Ávila registra que “quando se usa a expressão ‘ponderação’, todos os elementos acima referidos são dignos de sopesamento”¹¹⁰.

Muitos doutrinadores não dedicam mais do que referências à ponderação dos conflitos como método de solução. No entanto, Humberto Ávila propõe que, mesmo necessária e indispensável, a ponderação unicamente não alcança nível aceitável de racionalidade para as decisões judiciais. Ele afirma:

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 182.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 184.

¹¹⁰ ÁVILA, 2009, *op. cit.*, p. 146.

A ponderação consiste em um método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientam esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins de interesses. Para esse trabalho é importante registrar que a ponderação sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito¹¹¹.

Faz-se necessário, portanto, adotar outros critérios que deem maior objetividade ao juízo de ponderação. Para tanto, ele apresenta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em sua incessante busca pelo uso de terminologias adequadas, Humberto Ávila propõe distinções entre os princípios mencionados e outros termos que frequentemente são citados como sinônimos, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência¹¹². Para a compreensão das distinções, é importante antecipar que o princípio da proporcionalidade comporta um juízo sobre a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim.

No que tange ao postulado da vedação do excesso – veda-se a retirada total da eficácia de um direito fundamental –, Ávila afirma que “depende, unicamente, de estar um direito sendo excessivamente restringido”¹¹³, e não propriamente decorre de uma relação de meio e fim, devendo tais postulados serem usados de forma complementar. O autor estabelece uma análise muito didática para compreensão dos dois postulados, de forma que o princípio da proporcionalidade atua paralelamente à vedação do excesso. Ávila leciona:

Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da representação de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar. Pois bem. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa, e compara o grau de restrição da liberdade com o grau de promoção da finalidade pública, para permitir a declaração de invalidez uma medida que causa restrição demais para promoção de menos¹¹⁴.

¹¹¹ ÁVILA, 2009, op. cit., p. 145.

¹¹² Como referência à utilização indiscriminada dos conceitos: “As dificuldades terminológicas ainda afligem o princípio da proporcionalidade: nem todos os autores que se ocupam da matéria chegaram a um nível de acordo apto a afastar dúvidas e controvérsias acerca de expressões de uso corrente, tanto na doutrina como na jurisprudência”. BONAVIDES, 2008, op. cit., pp. 402-403.

¹¹³ ÁVILA, 2008, op. cit., p. 148.

¹¹⁴ Ibidem, p. 151.

Assim, o núcleo essencial inviolável corresponde à proibição de excesso, enquanto a atuação nos demais círculos depende da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Quanto ao princípio da razoabilidade, a confusão terminológica nos tribunais parece ser ainda maior. No entanto, Ávila acredita que se trata de princípio específico e passa por três análises.

A primeira delas trata da razoabilidade como equidade. Isso implica que a aplicação, ou não, de uma norma geral deve levar em conta o caso individual. Apenas na hipótese de a situação fática se encaixar plenamente na generalidade da norma, é que esta será aplicada.

Já a razoabilidade como congruência “exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”¹¹⁵. Essa análise comporta uma visão sobre a norma imposta e sua relação com a realidade, de modo que uma norma que não seja compatível com os elementos externos (realidade) não é razoável, eis que “desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal”¹¹⁶.

O último aspecto do princípio da razoabilidade é sua relação com a equivalência, ou seja, exige-se uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Feitas as distinções, Humberto Ávila sustenta que é preferível que a compreensão dos postulados seja separada, embora reconheça que existe uma força maior de agregá-los:

Embora não seja essa a opção feita por este trabalho, pelas razões já apontadas, é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive de interesses pessoais dos titulares de direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade¹¹⁷.

Observa-se, portanto, que a fusão dos diferentes postulados só se justifica a partir de uma análise da proporcionalidade em sentido estrito como mera

¹¹⁵ ÁVILA, 2008, op. cit., p. 157.

¹¹⁶ Ibidem, p. 158.

¹¹⁷ Ibidem, p. 162.

ponderação de interesses. Entretanto, Humberto Ávila apresenta a ponderação estruturada e o princípio da proporcionalidade como fases distintas para a solução dos conflitos entre princípios, o que é muito interessante, pois imprime maior objetividade às decisões.

A ponderação estruturada é realizada por meio de três etapas: primeiro, é necessário indicar com precisão quais princípios devem ser sopesados – embora ocorra, na prática, de não ser realizado dessa forma, o apontamento do objeto da ponderação é imprescindível em face do princípio da motivação; segundo, realiza-se a própria ponderação, “em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento. No caso da ponderação de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro”¹¹⁸; e, por último, deve ser refeita a ponderação, de forma que se observe as regras de relação, conferindo validade ao juízo de sopesamento.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, ao debruçarem sobre o estudo da ponderação, também identificam três etapas. É na terceira que se encontra certa divergência, pois os autores lecionam que nela será diretamente utilizado o princípio da proporcionalidade. Nesta fase, serão examinados os diferentes grupos de normas e fatos, para que sejam identificados os pesos de cada princípio, bem como qual deverá preponderar no caso. Em seguida,

é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade¹¹⁹.

É necessário, então, iniciar a análise do princípio da proporcionalidade. Conforme leciona Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade foi importado do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, a partir do movimento de superação da legalidade para a constitucionalidade. Sua ascensão à Constituição está atrelada ao florescimento de novos direitos fundamentais:

Com esse princípio nasce também um novo Estado de Direito cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira gerações, a

¹¹⁸ ÁVILA, 2009, op. cit., 146.

¹¹⁹ BARROSO; BARCELLOS, 2008, op. cit., pp. 347-348.

saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, a par dos direitos da comunidade, quais, por exemplo, a autonomia, a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento e a fraternidade¹²⁰.

No âmbito do Direito Constitucional, o princípio da proporcionalidade assume o papel de critério específico ou princípio instrumental da resolução de conflitos entre princípios, a partir de um exame de uma medida concreta e o fim a que se destina. Para tanto, o princípio se desdobra em três análises, ou em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. No mesmo sentido, ensina Humberto Ávila:

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame de proporcionalidade em sentido estrito).

O subprincípio da adequação exige que a medida adotada seja adequada para o fim que se propõe alcançar, isto é, que o meio seja capaz de atingir o fim almejado.

Ultrapassado o princípio da adequação – com resultado positivo, é claro, porque, do contrário, já será possível declarar a desproporcionalidade da medida –, passa-se ao princípio da necessidade.

O princípio da necessidade revela-se pelo exame da existência de meios alternativos ao adotado pelo Estado e que possam alcançar o mesmo fim com menor restrição aos direitos envolvidos. Segundo Humberto Ávila, há duas análises no subprincípio:

Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados¹²¹.

Assim, pode ser constatado que, embora adequada, a medida adotada seja desproporcional porque não era necessário impor tamanha restrição aos

¹²⁰ BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 394.

¹²¹ ÁVILA, 2009, op. cit., p. 172.

direitos fundamentais adotados, podendo ter sido escolhido outro meio menos limitador. No entanto, “a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade pública pode envolver certa complexidade”¹²².

Em geral, quando o Estado toma alguma medida, por estar agindo em prol de alguma finalidade pública, direitos individuais podem ser afetados de alguma maneira. É no exame da proporcionalidade em sentido estrito que será observado se o grau de relevância, ou importância, da promoção de determinado fim é compatível com o grau de limitação imposto aos direitos. Portanto, a análise busca responder se o fim alcançado é tão essencial e vantajoso que a limitação aos direitos é incontornável.

Todo o processo de tentar solucionar o problema do conflito entre princípios, ainda que baseado em critérios, passa, ainda, por grandes níveis de subjetividade.

Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva¹²³.

A busca da objetividade com a adoção da ponderação dos princípios a partir do princípio instrumental da proporcionalidade é crescente, embora existam muitas posições doutrinárias contrárias.

2.3.1. As posições doutrinárias contrárias ao juízo de ponderação e ao princípio da proporcionalidade

Há uma profusão de críticas doutrinárias à adoção do juízo de ponderação para solução dos conflitos entre princípios, assim como pela utilização do princípio da proporcionalidade para se chegar a esse sopesamento.

As críticas, na verdade, começam já na distinção, proposta por Alexy, entre regras e princípios. Klaus Günther levantou algumas considerações sobre

¹²² ÁVILA, 2009, op. cit., p. 174.

¹²³ Ibidem, p. 175.

inconsistências nos estudos de Alexy, quanto à distinção das referidas normas jurídicas, de que estas teriam estruturas diferentes:

Não se trata de distintas estruturas (entre princípios e regras), mas sim de usos diferentes das normas jurídicas.

(...)

Ora, o que Günther afirma, apoiado na tese de Searle, é que não há uma peculiaridade na estrutura das normas que permita a classificação entre normas que estabelecem comandos de otimização e normas que estabelecem obrigações definitivas, mas sim uma distinção entre o uso de regras em discursos de fundamentação de normas e de aplicação, no qual são consideradas todas as características da situação¹²⁴.

No que tange às objeções à ponderação dos princípios, Daniel Sarmento afirma que há uma certa confusão entre as críticas ao método e às relacionadas ao emprego deste pelos tribunais, além de apontar os três principais argumentos utilizados pelos doutrinadores.

O autor aponta que a primeira das oposições, apresentada por Peter Lercher e Richard Thomas, atribui ao método de ponderação o esvaziamento dos direitos fundamentais, uma vez que imprimiria uma relação de subordinação a uma espécie de “reserva de ponderação”¹²⁵.

Já a segunda está relacionada à ausência de racionalidade da ponderação, ou seja, que o método da ponderação é inconsistente e levaria ao decisionismo judicial, “já que o método não fornece pautas materiais para a solução do caso concreto”¹²⁶. Sarmento aponta Friedrich Müller como um dos formuladores dessa objeção, pois o autor se opunha ao exagero no grau de discricionariedade conferido aos juízes na escolha do princípio que deva prevalecer no caso concreto.

Vinculado ao segundo argumento, Sarmento apresenta o terceiro como a possibilidade da ponderação transferir ao juiz “o poder de realizar opções políticas acerca dos valores e bens jurídicos a serem prestigiados no conflito”¹²⁷, ofendendo o princípio da separação dos poderes, uma vez que haveria a usurpação de atribuição conferida ao legislador.

Daniel Sarmento posiciona-se criticamente aos argumentos apresentados em desfavor da realização do juízo de ponderação para solucionar conflitos entre

¹²⁴ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. **A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre princípios e regras.** Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RDGV_03_p241_254.pdf Acesso em: 29/05/2011. p. 13.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 141.

¹²⁶ Ibidem, p. 142.

¹²⁷ Ibidem, p. 143.

princípios. Em relação à primeira oposição, o esvaziamento dos direitos fundamentais, o autor afirma que a relativização dos direitos é necessária e que a ponderação parte da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, o que conferiria mais segurança ao método.

O fato é que a coexistência de diversos direitos fundamentais, ao lado de outros princípios constitucionais igualmente relevantes, impõe inexoravelmente a relativização de cada um, como imperativo da manutenção da unidade e da coesão do ordenamento.

Ademais, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como vetor material das ponderações, reduz substancialmente o risco que a realização destas possa comprometer a tutela dos direitos fundamentais¹²⁸.

Em segundo lugar, expõe que a insegurança quanto ao método da ponderação tenderá a diminuir à medida que sua utilização pelos tribunais lhe confira maior sistematicidade¹²⁹.

No que concerne ao terceiro argumento, expõe que ao invés de refutar o método da ponderação, a comunidade jurídica tem que buscar conferir mais objetividade a essa metodologia¹³⁰.

Diante deste quadro, o que cumpre fazer é construir uma metodologia assentada sobre bases firmes, que torne a sua realização mais objetiva e transparente possível, de modo a reduzir ao mínimo os inconvenientes inerentes à técnica em questão¹³¹.

Paulo Bonavides reúne vários doutrinadores que se posicionam desfavoravelmente à utilização do princípio da proporcionalidade, sendo que algumas das posições contrárias são semelhantes às referidas por Daniel Sarmiento.

Inicialmente, apresenta a crítica de Forsthoff, que enxerga dificuldades na adoção de um princípio eminentemente do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional. Segundo o autor, o princípio da proporcionalidade provoca a “degradação da legislação – um dos mais importantes fenômenos da vida constitucional – ao situá-la debaixo das categorias do Direito Administrativo”¹³².

No entanto, a preocupação com as dificuldades de fundamentação a partir do princípio da proporcionalidade, isto é, que as decisões pautadas na

¹²⁸ SARMENTO, 2000, op. cit., p. 145.

¹²⁹ Ibidem, p. 148.

¹³⁰ Suzana de Toledo Barros apresenta posições contrárias bastante semelhantes às expostas por Daniel Sarmiento e assume postura crítica na mesma direção do autor. BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. pp. 211-217.

¹³¹ SARMENTO, 2000, op. cit., p. 151.

¹³² FORSTHOFF APUD BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 428.

utilização deste não trouxessem racionalidade para discussão, sendo apenas as expressões da vontade e dos preconceitos dos membros do Poder Judiciário, resultando em um “governo de juízes” – nas palavras de Xavier Philippe¹³³ –, é mais recorrente entre os opositoristas.

Outras questões são suscitadas, como a necessidade de prudência no emprego do princípio, pois, do contrário, resultaria em uso abusivo, reduzindo o ordenamento jurídico a princípios, fragilizando a normatividade das regras jurídicas.

Em acréscimo, Bonavides apresenta a opinião de Gentz, de que o uso excessivo do princípio levaria a um mero apelo geral à justiça:

(...) Gentz assinala que o frequente uso do apelo geral à justiça, tão indeterminado que nada serve para a decisão de um problema jurídico, abrindo assim a porta a um sentimento incontrolável de descontrolado senso de justiça que substitui as valorações objetivas da Constituição e da lei por aquelas subjetivas do juiz¹³⁴.

Assim, o equilíbrio dos poderes é a questão mais controvertida com relação ao princípio da proporcionalidade, sobretudo no que tange a falta de controle das decisões judiciais, que estariam impregnadas de excessiva subjetividade.

A preocupação é tão presente, que já foi lembrada pelo Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Min. Eros Grau, em reportagem da qual se transcreve o seguinte trecho:

De acordo com o ministro Eros Grau, quando ocorre o abuso dos princípios, e mais grave ainda, quando nesse abuso as preferências pessoais predominam, “se faz a chamada ponderação dos princípios e acabamos decidindo no plano do arbítrio”. Com isso, segundo ele, “a insegurança jurídica se instala, na medida em que o STF deixa de ser controlador da constitucionalidade e passa a exercer o comando da proporcionalidade e razoabilidade das leis”¹³⁵.

Embora já tenha sido dito que o presente trabalho não pretende apresentar uma solução para tão complexa discussão, cabe destacar o ensinamento de Bonavides sobre a inevitabilidade do uso do método:

O princípio da proporcionalidade, apesar de sua extraordinária penetração em todos os domínios do Direito, tem sido alvo de pesadas críticas:

¹³³ PHILIPPE APUD BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 433.

¹³⁴ BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 433.

¹³⁵ DOLME, Daniella. **Abuso dos princípios constitucionais ameaça jurisprudência, dizem especialistas**. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/43259/abuso+dos+princípio+constitucionais+ameaca+jurisprudencia+dizem+especialistas.shtml>. Acesso em: 20/05/2011.

algumas descabidas, outras dignas de reflexão, mas todas impotentes para embargar a difusão, o uso, bem como o prestígio do novo princípio, sobretudo no campo do Direito Constitucional(...)¹³⁶

Em resumo, diante da impossibilidade de se chegar à solução das colisões de princípios pelos mesmos métodos aplicados às regras, a utilização da ponderação pelo emprego da máxima da proporcionalidade mostra-se mais eficiente e traz mais segurança do que a não aplicação de qualquer método.

É importante salientar que a proposta do pós-positivismo – que conferiu normatividade aos princípios – é muito recente e certamente sofrerá ajustes de forma que sejam encontrados métodos mais racionais e seguros para solucionar a colisão entre princípios.

2.3.2. A ponderação de princípios no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Cumprir analisar como tem sido recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição brasileira, a ponderação de princípios.

Daniel Sarmento escreveu, em momento relativamente distante – em sua dissertação de mestrado –, que “no Brasil, não é muito comum o emprego da ponderação. No entanto, a jurisprudência muitas vezes utiliza-o de forma velada, no afã de mascarar as condicionantes da decisão que não pertençam ao domínio da lógica formal”¹³⁷. Entretanto, essa visão parece estar superada pela evolução da jurisprudência da Corte Constitucional e que foi depois considerada pelo próprio autor¹³⁸.

Já foi salientado, em outro tópico, a impropriedade na utilização dos diferentes elementos pelos tribunais, valendo reforçar a ideia com o ensinamento de Humberto Ávila:

¹³⁶ BONAVIDES, 2008, op. cit., p. 428.

¹³⁷ SARMENTO, 2000, op. cit., p. 200.

¹³⁸ Em entrevista realizada em 2009, Daniel Sarmento afirma que o Supremo Tribunal Federal tem empregado de forma mais rotineira a ponderação, como se observa do seguinte trecho: “No meu primeiro livro, escrito em 1989, eu defendi o uso do Método da Ponderação de Interesses. Na época, essa técnica quase não era empregada às claras pelo Judiciário, que preferia vestir suas decisões com argumentos formalistas, embora muitas vezes realizasse ponderações escamoteadas. De lá para cá, aumentou muito a aceitação da ponderação pelo Judiciário, e o STF tem empregado rotineiramente esse método para resolver colisões entre princípios constitucionais, socorrendo-se do princípio da proporcionalidade para equacionamento dessas tensões”. ZARDO, Cláudia. **Entrevista – Daniel Sarmento**. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/3200-entrevista--daniel-sarmento.html>. Acesso em: 30/05/2011.

Embora as decisões dos Tribunais Superiores não possuam uniformidade terminológica, nem utilizem critérios expressos e claros de fundamentação dos postulados de proporcionalidade e de razoabilidade, ainda assim é possível – até mesmo porque isso se inclui nas finalidades da Ciência do Direito – reconstruir analiticamente as decisões, conferindo-lhes a almejada clareza. Por isso, não se pode afirmar que a falta de utilização expressa de critérios no exame da proporcionalidade e da razoabilidade não permita ao teórico do Direito saber, mediante a reconstrução analítica das decisões, quais são os critérios implicitamente utilizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹³⁹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como a de todos os outros tribunais brasileiros, está repleta de menções à ponderação de princípios, o que inclusive tem ensejado fortes críticas a um possível abuso na utilização de princípios, o que já foi mais explorado no ponto referente às críticas e que inclui preocupações do próprio Ministro, que ainda não havia se aposentado, Eros Grau.

A análise dos julgados, no terceiro capítulo, permitirá uma análise mais detida sobre o tema.

2.4. A estreita ligação do princípio do desenvolvimento sustentável com os princípios instrumentais de resolução de conflitos

Dentro de toda a análise realizada neste trabalho, visando a compreender as possibilidades e os métodos formulados pela doutrina para solucionar os casos de colisão entre princípios, percebeu-se que nenhum método é incriticável, o que está relacionado com a própria “imaturidade” do pós-positivismo, que permitiu a atribuição de normatividade aos princípios.

A adesão de outros critérios que busquem garantir maior objetividade às decisões judiciais que envolvam os princípios é positiva, ainda que, de forma isolada, possuam graus de subjetividade.

Nessa esteira, cumpre analisar a relação do princípio do desenvolvimento sustentável com os princípios instrumentais de resolução de conflitos.

Faz-se necessário, primeiramente, identificar os princípios que podem entrar em rota de colisão na temática ambiental. Apenas deve ser reforçada a ideia de que conflito de direitos fundamentais está vinculado ao de princípios, ou, como

¹³⁹ ÁVILA, 2009, op. cit., pp. 153-154.

ensina Gilmar Mendes, “os conflitos de direitos fundamentais reconduzem-se a um conflito de princípios”¹⁴⁰.

Embora haja diversos doutrinadores que enxerguem apenas um aparente conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica, como uma expressão da livre iniciativa, pela própria existência do princípio do desenvolvimento sustentável, a partir do reconhecimento pela ordem econômica da necessidade de preservação do meio ambiente, a verdade é que, de um ponto de vista menos teórico e mais realista, o conflito tem contornos concretos.

Os contornos podem ser observados pela existência de demandas sob apreciação do Poder Judiciário, nas quais os argumentos apresentados estão fundados nos dois princípios, como se verá no próximo capítulo.

O que se propõe é que, para que seja conferida efetividade ao princípio do desenvolvimento sustentável, é necessária sua participação na resolução dos conflitos que envolvam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a liberdade da atividade econômica.

Desse modo, além da aplicação da ponderação com a utilização do princípio da proporcionalidade, nos conflitos que envolvam os princípios mencionados, é imprescindível uma análise criteriosa a partir do princípio do desenvolvimento sustentável, pois este já contém um juízo de ponderação interno. E por encerrar um intrínseco sopesamento, não pode ser levado em conta a favor ou contra um dos lados – ora invocando apenas o termo desenvolvimento, ora invocando unicamente o termo sustentável –, mas como um critério instrumental para a solução.

No capítulo anterior, quando foi dedicado um tópico ao desenvolvimento sustentável, ficou claro que o princípio faz determinadas exigências para que possa ser alegada a sua observância.

A primeira delas é que seja garantida a equidade intergeracional. Foi explicitado anteriormente que o patrimônio natural é dotado de um caráter transgeracional, ou seja, que a titularidade deste não se finda com a presente geração, mas também com as futuras. Os recursos naturais, portanto, deverão ser explorados de forma racional, permitindo a recomposição dos estoques dos recursos

¹⁴⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, op. cit., p. 182.

renováveis e o uso equilibrado dos não-renováveis, para que os futuros habitantes do planeta ainda possam viver com dignidade.

Medidas que evidentemente não sejam capazes de garantir a equidade intergeracional devem ser controladas. Isso pode ocorrer ou por meio da proibição ou, no caso da questão ser posta tardiamente, por meio da adoção de instrumentos compensatórios.

Em acréscimo, foi objeto de reflexão a existência de cinco dimensões do desenvolvimento sustentável: a social, a econômica, a ecológica, a espacial e a cultural. Essa decomposição permite que o princípio do desenvolvimento sustentável seja menos abstrato, uma vez que cada uma das dimensões estabelece um conteúdo ao princípio.

A sustentabilidade social está atrelada à promoção de um desenvolvimento que reduza as desigualdades sociais e que tenha por objetivo buscar uma produção voltada às necessidades da comunidade.

A sustentabilidade econômica é alcançada quando são empregados instrumentos para a realização da atividade econômica com o menor impacto, havendo “uma gestão mais eficiente dos recursos”¹⁴¹.

Já a sustentabilidade ecológica passa pela definição de regras para uma adequada proteção ambiental, redução do volume de resíduos e poluição e a limitação do uso de combustíveis fósseis e de outros facilmente esgotáveis ou prejudiciais ao meio ambiente¹⁴².

No que concerne à sustentabilidade espacial, é exigido que as atividades econômicas estejam distribuídas territorialmente, nos espaços rural e urbano, evitando concentrações demográficas e destruição de ecossistemas frágeis.

Por fim, a sustentabilidade cultural estabelece que o desenvolvimento deva estar vinculado ao respeito de tradições e culturas predominantes locais.

Essas dimensões e a equidade intergeracional devem fazer parte da fundamentação dos conflitos postos à apreciação do Poder Judiciário, pois, do contrário, a citação ao princípio do desenvolvimento sustentável cai em um grande vazio, sustentado mais por preconceções do julgador do que por argumentação racional.

¹⁴¹ CASTILHO; NEGÓCIO, 2008, op. cit., p. 59.

¹⁴² Ibidem, p. 60.

É importante ressaltar que não se defende a construção de uma grande tese ou um novo conceito para o desenvolvimento sustentável como princípio instrumental de conflitos que envolvam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica.

Todo o conteúdo do princípio parte de um apurado estudo da doutrina, que apenas deve ser sistematizado no momento de decidir um conflito que envolva os elementos mencionados, tendo por objetivo a efetividade do desenvolvimento sustentável. E é com esta bagagem que se fará a análise dos julgados selecionados.

Capítulo 3 - O Supremo Tribunal Federal e a ponderação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica

3.1. Análises dos acórdãos coletados¹⁴³

3.1.1. Critérios para a seleção

Os três julgados que serão analisados foram escolhidos a partir do estabelecimento de alguns critérios. Primeiramente, estabeleceu-se que os acórdãos seriam restringidos ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, em razão da Corte ser a guardiã da Constituição e o tema posto ser eminentemente constitucional.

É claro que, através do controle difuso de constitucionalidade, outros tribunais podem apreciar a discussão e julgar mediante a utilização do método da ponderação de princípios. No entanto, a seleção seria dificultada, sobretudo, em virtude da limitação inerente a uma monografia de conclusão de curso. Assim, iniciar a análise pelo Supremo Tribunal Federal parece ser mais adequado, embora o desenvolvimento de estudos semelhantes com foco em outros tribunais seja muito relevante para uma compreensão mais completa da atuação do Poder Judiciário na garantia de efetividade ao princípio do desenvolvimento sustentável.

Outro requisito firmado foi o de que os julgados deveriam conter, na fundamentação, menção ao método de ponderação de princípios, mesmo que não tenham expressamente adotado o princípio instrumental da proporcionalidade.

Em acréscimo, a seleção foi pautada na representatividade dos julgados, isto é, na grande repercussão econômica, social e ambiental dos acórdãos, para que fossem evidentes os seus efeitos sobre a sociedade.

É importante destacar a dificuldade em escolhê-los, não pelo excesso, mas pela escassez de julgados envolvendo os princípios aqui trabalhados em conflito. A partir da ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponível no sítio

¹⁴³ O inteiro teor dos acórdãos estão disponíveis em anexo, salvo a ADPF 101/DF, como será explicado no seu tópico específico.

eletrônico do Supremo Tribunal Federal, poucos acórdãos são apresentados com discussões sobre o referido conflito.

Passa-se, então, à apresentação e à análise de cada julgado.

3.1.2. A ADI-MC 3.540-1/DF

3.1.2.1. Relatório

O Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Medida Provisória nº 2.166-67/2001, na parte em que alterou a redação do art. 4º, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei nº 4.771/65 – Código Florestal¹⁴⁴.

Na ADI-MC 3.540-1/DF, foi apontada a inconstitucionalidade formal dos dispositivos por afronta ao art. 225, §1º, III¹⁴⁵, da Constituição Federal, eis que o

¹⁴⁴ O referido artigo do Código Florestal assim dispõe com a alteração promovida pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001:

Art. 4º 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.

§ 1º A supressão de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

§ 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor.

§ 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas "c" e "f" do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 6º Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA.

§ 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa.

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm. Acesso em: 12/06/2011.

¹⁴⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

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

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15/06/2011.

constituente teria determinado que a alteração e supressão de vegetação em área de preservação permanente só poderiam ocorrer mediante lei formal.

Na petição inicial, é enfatizada a preocupação com a discricionariedade na determinação da utilidade pública como requisito para a supressão da vegetação:

Tal fato, sem dúvida alguma, poderá acarretar prejuízos irreparáveis ao bem ambiental, uma vez que fundado unicamente na discricionariedade do gestor ambiental de dizer o que é utilidade pública, quando essa questão evidentemente extrapola a questão ambiental. Abre-se a porta, por exclusivos interesses econômicos, especialmente minerários, para a extinção de espaços territoriais especialmente protegidos e essenciais à proteção e defesa dos ecossistemas.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, durante férias forenses, deferiu o pedido de medida cautelar para suspender, ‘*ad referendum*’ do Plenário, até o julgamento final da ação, a eficácia do art. 4º e seus parágrafos, da Lei nº 4.771/65. Entretanto, após a decisão ter sido submetida ao Plenário, esta não foi referendada, por maioria de votos – vencidos o Min. Marco Aurélio Mello e o Min. Carlos Britto –, tendo, por consequência, a restauração da eficácia e aplicabilidade dos dispositivos.

O voto do Min. Celso de Mello, relator da ADI, embora não tenha sido proferido em julgamento do mérito, é bastante extenso¹⁴⁶ e trata de forma bastante detalhada o conflito estudado neste trabalho.

Primeiramente, o Relator ressaltou a natureza de direito fundamental do direito ao meio ambiente, sua classificação como de terceira geração – ou novíssima dimensão – e seu caráter metaindividual. Em seguida, e em diversos trechos do voto, destaca o caráter intergeracional do direito ao meio ambiente ao afirmar “a preocupação com a preservação do meio ambiente – que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...)”.

O Min. Celso de Mello consignou que, a partir dos elementos expostos, a Medida Provisória em discussão teria albergado os valores constitucionais referentes à tutela do meio ambiente e que “não resultou o alegado efeito lesivo e predatório ao patrimônio ambiental, como temido pelo eminente Senhor Procurador-Geral da República”. Segundo o Relator, apenas a supressão e a alteração do

¹⁴⁶ Este ponto foi, inclusive, ressaltado no voto do Min. Sepúlveda Petence: “Sr. Presidente, também me convenceu o brilhante voto do eminente Relator. A Medida Provisória questionada não ofende – Sua Excelência diria nesse mero juízo de delibação, e fico a imaginar o que será o juízo mais profundo –, o inciso III do art. 225, §1º.”

regime jurídico relativo aos espaços territoriais especialmente protegidos estariam amparadas pelo princípio da reserva legal.

A motivação acerca da ponderação para a resolução de um conflito entre princípios, ou, como destacou o Min. Celso de Mello, entre valores constitucionais, partiu do argumento, exposto na petição inicial, de que a discricionariedade do gestor ambiental em definir o que seria utilidade pública serviria apenas a interesses econômicos, sobretudo de mineradoras. O Relator assim discorreu:

Concluo o meu voto: atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável (...)

Percebe-se que foram identificados, pelo Min. Celso de Mello, como valores em conflito, o imperativo de desenvolvimento nacional e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente. Foi, ainda, considerado que a utilização do método da ponderação não pode redundar em esvaziamento do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente sadio. Em acréscimo, a resolução deve se pautar na existência de disposições constitucionais subordinando a atividade econômica a princípios gerais, como “àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art.170, VI)”.

No entanto, afirma que, diferentemente do que se alega, a referida Medida Provisória não levaria em conta motivações de índole meramente econômica, pois seria, na verdade, um instrumento para controle estatal das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente.

Os ministros que acompanharam o voto do Ministro Relator expuseram que apenas a supressão e a alteração do regime jurídico das áreas especialmente protegidas deveriam ser precedidas de lei formal e que a liminar deferida estaria inviabilizando importantes projetos de desenvolvimento.

O Min. Carlos Britto entendeu que a lei é extremamente frouxa quanto à atuação do órgão ambiental e preocupou-se com um possível processo de desertificação com o excesso de supressão de vegetação. Os demais ministros

enfatazaram que a parte final do art. 225, §1º, III, da Constituição Federal, inviabilizaria a concretização de tal temor. O Ministro Marco Aurélio Mello adotou posicionamento contrário à maioria, afirmando haver no texto constitucional a exigência de lei formal. Quanto ao sopesamento dos valores, registrou:

(...) peço vênha ao relator e aos que o acompanharam, para assentar que, sopesados os valores relativos ao desenvolvimento econômico, á exploração – não no sentido pejorativo – econômica e à preservação visada pela Constituição Federal, vejo risco maior em manter-se essa avenida, em termos de delegação, aberta pela medida provisória.

Portanto, observa-se discordância entre ministros quanto ao resultado da ponderação, o que é muito interessante para o próximo passo, que consiste na análise do julgado.

3.1.2.2. Análise

A escolha do presente julgado para inaugurar as análises não foi feita de forma aleatória, eis que representa um julgamento marcante, embora não seja de mérito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Sua fundamentação, isto é, suas considerações acerca dos princípios envolvidos, repercutiu em todos os outros acórdãos posteriores, inclusive nos que serão analisados em sequência.

Como ficou registrado no capítulo anterior, o método da ponderação, mesmo que desprovido de critérios específicos como o da proporcionalidade e da razoabilidade, comporta uma estrutura a ser seguida pelo julgador. Inicialmente, propõe-se a identificação dos princípios em conflito para que seja realizado o sopesamento, como forma de garantir o princípio da motivação das decisões do Poder Judiciário, insculpido no art. 93, IX, da Carta Magna.

Assim, consta do voto do Min. Relator Celso de Mello que os valores, expressão utilizada pelo ministro, conflitantes seriam o imperativo de desenvolvimento nacional e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Trecho já transcrito no relatório.

Entretanto, não parece adequada a indicação feita, uma vez que o desenvolvimento nacional e a proteção ambiental não podem ser postos em rota de colisão. Como ficou destacado no primeiro capítulo, quando se apresentou a necessária diferenciação entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico, o desenvolvimento só pode ser assim chamado, ou seja, só é legítimo, se contemplar mais que mero caráter quantitativo.

Assim, o crescimento econômico representa postura quantitativa em relação à produção e à lucratividade, sendo demonstrado especialmente em valores estatísticos, como o Produto Interno Bruto – PIB.

Já o desenvolvimento agrega outros elementos de ordem qualitativa, como saúde, educação, distribuição de renda, função social da propriedade. É também inegável a figuração da própria tutela do meio ambiente no rol de elementos do desenvolvimento econômico.

Partindo-se da distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico, chega-se à compreensão de desenvolvimento nacional.

A garantia do desenvolvimento nacional é referida na Constituição Federal como um dos objetivos fundamentais da República, no art. 3º, II. Encontra-se envolto por outros objetivos, como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como o da promoção do bem de todos. Esses objetivos fundamentais devem estar vinculados aos demais valores e princípios constitucionais, de modo que se confira unidade à Constituição.

Desse modo, o imperativo de desenvolvimento nacional não pode estar vinculado a um viés unicamente econômico, embora certamente o componha, mas também a padrões de desenvolvimento social, cultural, educacional e, é claro, pautado na sustentabilidade e proteção do meio ambiente. Está clara a opção política feita pela Lei Fundamental de que o desenvolvimento nacional deve abarcar todas as perspectivas agora apresentadas. Portanto, se o próprio desenvolvimento econômico deve observar a preservação do meio ambiente, ainda mais o desenvolvimento nacional, que não é aferido apenas em termos econômicos.

Diante disso, revela-se que o primeiro ponto do processo da ponderação não foi apresentado com perfeita correção. Para além da motivação, a identificação dos princípios em colisão é essencial para o próprio desenvolvimento da argumentação, pois pode acabar por enfraquecer um deles pelo seu simples apontamento equivocado. No caso em análise, ocorre, na verdade, o contrário. Ao

ser estabelecida a colisão entre desenvolvimento nacional e preservação do meio ambiente, que já está incluída no primeiro, o peso do último acaba sendo evidentemente inferior.

Propõe-se, então, que, no lugar do imperativo de desenvolvimento nacional, seja incluído o livre exercício da atividade econômica, como expressão da livre iniciativa.

Outro ponto que merece ser destacado neste julgado é a ausência de referência a princípios instrumentais a compor o juízo de ponderação, ou seja, não foi desenvolvida uma análise dos princípios envolvidos a partir de princípios como o da proporcionalidade e da razoabilidade. Como salientado, no segundo capítulo, há doutrinadores que entendem que a ponderação realizada nesses moldes não está dotada de racionalidade necessária.

No entanto, é possível construir um modelo de análise a partir da máxima da proporcionalidade, dividida em seus subprincípios.

No que tange à adequação, esta etapa propõe que se averigue se a medida tem a capacidade de alcançar o fim almejado. A medida, então, é a nova redação conferida ao art. 4º da Lei nº 4.771/65, isto é, a possibilidade de autorização do órgão ambiental competente para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, 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.

A finalidade da medida parece ser tornar viáveis empreendimentos que necessitem de intervir em áreas de preservação permanente com a supressão de parte da vegetação, devendo o controle ser exercido pelo órgão ambiental. Assim, percebe-se que a medida é adequada ao fim proposto, uma vez que com ela é possível atingir o objetivo de viabilização de atividades econômicas em áreas de preservação permanente.

Em relação ao subprincípio da necessidade, este decorre de exame da existência de meios alternativos ao adotado pelo Estado e que possam alcançar o mesmo fim com menor restrição aos direitos envolvidos. Como já salientado no segundo capítulo, essa análise da necessidade da medida é bastante complexa, especialmente pela limitação humana de enxergar todos outros meios que poderiam atingir o mesmo fim e ainda afirmar que ele poderia ser menos agressivo aos direitos em debate.

Entretanto, é possível estudar ao menos um outro meio que também poderia ser considerado adequado ao atingimento do fim pretendido. Seria a hipótese de permitir a supressão de vegetação apenas através de lei formal, como considerou o Procurador-Geral da República. É inegável que dentro do juízo de adequação, a medida também seria aprovada.

Cabe, todavia, analisar se a medida, através de lei formal, alcançaria o mesmo fim com menor restrição aos direitos envolvidos. E esta não parece ser a resposta correta. Como salientaram os ministros que indeferiram o pedido de medida cautelar, o art. 4º do Código Florestal, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, permite que empreendimentos sejam desenvolvidos a partir de supressão de parte da vegetação, mas foram acrescentados outros elementos que garantem a preservação ambiental, quais sejam a configuração de hipóteses de utilidade pública ou de interesse social, a motivação por procedimento administrativo próprio, assim como a constatação de ausência de alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

Com a referida Medida Provisória, criaram-se diversos requisitos para que a proteção do meio ambiente seja garantida e, portanto, de observância obrigatória pelo órgão ambiental competente. Esse ponto foi destacado pelo Min. Celso de Mello ao afirmar que a Medida Provisória, ao contrário de afrouxar a legislação, conferiu mais controle estatal sobre as atividades desempenhadas em áreas de preservação permanente. Assim, não há que se falar em grave restrição ao direito ao meio ambiente sadio.

Já no caso do posicionamento de que a Constituição teria exigido lei formal para a supressão de vegetação, este é criticável porque atribuiria excessiva restrição ao livre exercício da atividade econômica, pois o aguardo de aprovação de lei para a permissão de supressão de vegetação certamente inviabilizaria vários empreendimentos. E quando se trata de empreendimentos, embora sejam sempre lembrados ramos como a mineração, com caráter eminentemente econômico, estão em jogo aqueles que também possuem repercussão social, como no caso de obras de saneamento básico.

Deve-se prosseguir com a análise da proporcionalidade em sentido estrito, na qual será observado se o grau de relevância, ou importância, da promoção de determinado fim é compatível com o grau de limitação imposto a outros direitos.

Como já foi apontado, o fim almejado é o de tornar realizável o desempenho de atividades econômicas que poderiam exigir a supressão de vegetação em área de preservação permanente. Da mesma forma, já foi mencionado que embora a associação seja direta com atividades potencialmente degradadoras e que individualizam o lucro auferido com a exploração, como destacado na petição inicial quanto às empresas mineradoras, é importante vislumbrar que outras podem estar estritamente vinculadas à obtenção de melhoria na qualidade de vida de parte da população, tendo propósitos realmente sociais.

Nessa perspectiva, é preciso reconhecer que a garantia do livre exercício da atividade econômica, embora possa gerar a supressão de vegetação em espaços territoriais especialmente protegidos, no caso as áreas de preservação permanente, também pode ser de extrema importância para atingir objetivos sociais.

Em acréscimo, não se pode afastar da análise a existência de exigências legais para uma eventual autorização do órgão ambiental, que visam justamente a minimizar o grau de limitação imposto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É nesse ponto que entra a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável. Cabe ressaltar que o princípio foi expressamente considerado no acórdão objeto da presente análise, tendo sido considerado pelo Min. Celso de Mello como o instrumento garantidor do justo equilíbrio entre economia e ecologia – estando, é claro, coberto de razão.

Um de seus elementos foi repetidas vezes citado pelos ministros, que é a ideia de equidade intergeracional. Os demais elementos do desenvolvimento sustentável são, na verdade, as cinco facetas da sustentabilidade: social, econômica, ecológica, espacial e cultural. Essas dimensões do desenvolvimento sustentável devem coexistir, de modo que em razão de uma, outra não possa ser suprimida.

O que se infere é que a nova redação do art. 4º do Código Florestal não elimina a equidade intergeracional, pois estão presentes exigências que permitem a exploração da atividade econômica em áreas de preservação permanente, com a supressão de vegetação, mas apenas se não houver outra alternativa técnica e locacional ao empreendimento. No mesmo sentido, há de ser observada a parte final do art. 225, §1º, III, da Constituição, que impõe a proibição de qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Portanto, a ideia central é que mesmo havendo a supressão da vegetação, esta só ocorrerá se cumpridos os requisitos legais, bem como se observada a redação do dispositivo constitucional acima mencionado, de forma a garantir que a exploração da atividade econômica não se revele predatória e desvinculada do dever de proteger o meio ambiente para as gerações futuras.

Duas das cinco dimensões do desenvolvimento sustentável têm pouca aplicabilidade no presente contexto – a espacial e a cultural –, justificando, assim, o enfoque da análise nas outras três.

A sustentabilidade social determina que o desenvolvimento seja ferramenta a minimizar as desigualdades sociais e esteja voltado à realização de melhorias para a população. No presente caso, é possível constatar essa dimensão na medida proposta, pois, como já foi objeto de análise, objetivos sociais estariam contemplados.

A dimensão econômica do desenvolvimento sustentável é definida pela exploração da atividade econômica com menor impacto sobre o meio ambiente, o que está abarcado pela redação do artigo, sobretudo pelo fato de que não é todo e qualquer empreendimento que receberá a autorização de supressão da vegetação, devendo ser instaurado procedimento administrativo próprio para aferir o eventual impacto e o cumprimento das demais exigências. Isso demonstra que o objetivo do artigo é promover o controle do órgão ambiental competente sobre o impacto que pode ser causado pelo empreendimento.

Agrega-se, ainda, à análise, a dimensão ecológica, que determina que sejam impostas regras claras para a proteção ambiental, especialmente quanto à redução do volume de resíduos e poluição e à limitação do uso de combustíveis fósseis e de outros facilmente esgotáveis ou prejudiciais ao meio ambiente.

O que se vislumbra com o art. 4º e seus parágrafos, da Lei nº 4.771/65 é a busca da viabilização do livre exercício da atividade econômica sem se descuidar da essencial proteção do meio ambiente, impondo regras expressas quanto às hipóteses de autorização da supressão de vegetação. Os eventuais excessos e discricionariedade do órgão ambiental que são temidos também poderiam ocorrer na elaboração de leis formais, devendo o Poder Judiciário, se provocado, efetuar o adequado controle.

Conclui-se, portanto, que a adoção de critérios específicos para a resolução do conflito entre os princípios em estudo levaria ao mesmo resultado

obtido no julgamento da ADI-MC 3.540-1/DF, o que revela que, segundo a análise proposta, foi garantido efetividade ao desenvolvimento sustentável. No entanto, frisa-se a importância de estabelecimento de princípios instrumentais para a ponderação, inclusive o próprio princípio do desenvolvimento sustentável, para que seja conferida maior objetividade às decisões judiciais.

Como um último ponto, cabe ressaltar que os votos vencidos, por mais que tenham pretendido proteger o meio ambiente, revelam que foram adotadas concepções dos ministros acerca dos malefícios da supressão da vegetação, não levando em conta os benefícios advindos com o dispositivo e a existência de controle estatal para que não se promovam atividades predatórias nos espaços territoriais especialmente protegidos em questão.

3.1.3. A ADPF 101/DF¹⁴⁸

3.1.3.1. Relatório

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ora em estudo, foi posta em juízo pelo Presidente da República, na qual se discute se decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados ofendem os preceitos fundamentais da saúde e da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos dos arts. 196 e 225 da Constituição Federal¹⁴⁹. Argumentou-se que várias decisões judiciais têm sido proferidas em desacordo com atos normativos editados pelo Departamento de Operações de Comércio Exterior - DECEX e pela Secretaria de Comércio Exterior - SECEX, pelo Conselho Nacional do Meio

¹⁴⁸ A análise deste julgado será realizada a partir das informações constantes nos Informativos do Supremo Tribunal Federal nº 538 e nº 552, em razão da não publicação do acórdão, desde o julgamento em 24 de junho de 2009. Foi realizado contato com o Gabinete da Ministra Cármen Lúcia, visando à disponibilização de seu voto, mas a informação é de que não é do hábito do gabinete a disponibilização antes da publicação.

¹⁴⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

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

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 17/06/2011.

Ambiente – CONAMA¹⁵⁰, bem como em dissonância com Decretos federais, que vedam a importação de bens de consumo usados, além de especificamente pneus usados.

A Min. Cármen Lúcia, relatora da ADPF, proferiu voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido formulado para declarar válidos os atos normativos que vedam a importação de pneus usados, assim como declarar inconstitucionais as interpretações – incluídas as judiciais – contrárias às referidas normas e que tenham permitido, ou que permitem, a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalvados, quanto a estes, os provenientes dos países integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima citadas e que tenham incidido sobre os casos. No entanto, não foi acolhido o pedido de declaração de inconstitucionalidade das decisões judiciais já transitadas em julgado, em observância ao princípio da segurança jurídica, eis que estão acobertadas pelo manto da coisa julgada.

A Relatora salientou que os atos normativos expedidos encontram validade na Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 1989, da qual o Brasil é signatário e foi ratificada pelo Decreto nº 875/93.

Fez também constar a discussão acerca da exceção conferida aos membros integrantes do MERCOSUL. Salientou que esta subsiste em razão de julgamento perante Tribunal Arbitral do MERCOSUL que, após questionamento formulado pelo Uruguai, decidiu pela ilegalidade da proibição de importação de pneus remoldados de países integrantes do bloco econômico da América do Sul, sendo irrecorrível. Enfatizou, assim, a ausência de discriminações comerciais com outros países:

Após lembrar não ter havido tratamento discriminatório nas relações comerciais adotado pelo Brasil, no que respeita à exceção da importação de pneus remoldados dos países do MERCOSUL, que se deu ante à determinação do Tribunal ad hoc a que teve de se submeter, a relatora anotou que os países da União Europeia estariam se aproveitando de brechas na legislação brasileira ou em autorizações judiciais para descartar pneus inservíveis tanto no Brasil quanto em outros países em desenvolvimento. Ressaltou que, se a OMC tivesse acolhido a pretensão da União Europeia, o Brasil poderia ser obrigado a receber, por importação,

¹⁵⁰ Mais especificamente são as seguintes normas: art. 27 da Portaria DECEX 8/91; do Decreto 875/93, que ratificou a Convenção da Basiléia; art. 4º da Resolução 23/96; art. 1º da Resolução CONAMA 235/98; art. 1º da Portaria SECEX 8/2000; art. 1º da Portaria SECEX 2/2002; art. 47-A do Decreto 3.179/99 e seu § 2º, incluído pelo Decreto 4.592/2003; art. 39 da Portaria SECEX 17/2003; e art. 40 da Portaria SECEX 14/2004.

pneus usados de toda a Europa, que detém um passivo da ordem de 2 a 3 bilhões de unidades.

Cumpra, ainda, mencionar a existência de discussão, no presente julgamento, acerca de princípios conflitantes e a referência à técnica da ponderação.

A relatora, ao iniciar o exame de mérito, salientou que, na espécie em causa, se poria, de um lado, a proteção aos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo descumprimento estaria a ocorrer por decisões judiciais conflitantes; e, de outro, o desenvolvimento econômico sustentável, no qual se abrigaria, na compreensão de alguns, a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima, utilizada por várias empresas que gerariam empregos diretos e indiretos.

Assim, conforme o trecho transcrito do Informativo nº 538 do Supremo Tribunal Federal, estariam em conflito, de um lado, os preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, de outro, o desenvolvimento econômico sustentável e a garantia ao pleno emprego.

A Min. Cármen Lúcia ainda teceu uma longa argumentação relativa aos efeitos nocivos de técnicas de reciclagem e de destruição dos pneumáticos frente aos bens jurídicos saúde e meio ambiente e fez ressaltar a aplicação do princípio da prevenção na discussão instaurada.

A relatora, tendo em conta o que exposto e, dentre outros, a dificuldade na decomposição dos elementos que compõem o pneu e de seu armazenamento, os problemas que advêm com sua incineração, o alto índice de propagação de doenças, como a dengue, decorrente do acúmulo de pneus descartados ou armazenados a céu aberto, o aumento do passivo ambiental — principalmente em face do fato de que os pneus usados importados têm taxa de aproveitamento para fins de recauchutagem de apenas 40%, constituindo o resto matéria inservível, ou seja, lixo ambiental — considerou demonstrado o risco da segurança interna, compreendida não somente nas agressões ao meio ambiente que podem ocorrer, mas também à saúde pública, e inviável, por conseguinte, a importação de pneus usados.

No que tange especificamente à ponderação, a Relatora afirmou que no sopesamento da livre iniciativa e da liberdade de exercício da atividade econômica e da preservação do meio ambiente e da proteção à saúde, os últimos teriam pesos maiores na discussão posta em juízo, levando à proibição da importação dos pneus.

(...) se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado,

preponderaria a proteção destes, cuja cobertura abrange a atual e as futuras gerações. Concluiu que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF.

Após pedir vista, o Min. Eros Grau proferiu voto em que acompanha a Relatora, mas assume posicionamento contrário à utilização da técnica da ponderação. Vencido o Min. Marco Aurélio Mello, a ação foi julgada parcialmente procedente, em conformidade com o voto da Min. Cármen Lúcia.

3.1.3.2. Análise

Como referido acima, no presente acórdão, o pedido foi julgado parcialmente procedente, em conformidade com o voto da Min. Cármen Lúcia, vencido o Min. Marco Aurélio, que entendeu não ser a ADPF sucedâneo recursal contra decisões judiciais. No entanto, apesar de acompanhar o resultado do voto da Relatora, o Min. Eros Grau pediu vista dos autos e proferiu um voto relevante para a presente análise, pois discordou da fundamentação adotada pela Min. Cármen Lúcia.

O voto-vista do Min. Eros Grau é fundado na crítica à adoção do método da ponderação – posicionamento do ministro que já havia sido adiantado no segundo capítulo –, que encerraria um verdadeiro juízo de discricionariedade.

Afirma o Min. Eros Grau que a interpretação da Constituição deve ser feita em sua totalidade, e não em partes ou em tiras, e que interpretar o direito é formular juízos de legalidade, enquanto que a ponderação é exercida através de juízos de oportunidade, estando impregnada de graus elevados de subjetividade por parte do julgador.

Acrescenta que a discricionariedade com a qual é implementada a ponderação conduz à incerteza jurídica, sobretudo pela existência de uma hierarquia móvel entre os princípios em conflito, não havendo, no plano abstrato, como estabelecer os devidos pesos aos princípios. Assim, o sopesamento é estabelecido

em relação a um dado caso concreto e que para outro caso pode ser estabelecida uma configuração de pesos absolutamente diversa.

Atribuiu, portanto, uma dupla discricionariedade à ponderação, pois, primeiramente, cria-se a referida hierarquia axiológica e, em seguida, estabelece um novo valor comparativo entre os mesmos princípios, em razão de nova configuração da situação fática.

O Min. Eros Grau enfatiza a inadequação da ponderação de princípios, uma vez que estes são normas e não poderiam ser ponderados. Ao assim proceder, abre-se uma contradição, pois se garante normatividade aos princípios, mas, no fim, são tratados apenas como valores.

É inegável que a crítica construída pelo Min. Eros Grau é muito bem fundamentada e segue a linha de outros doutrinadores cujos ensinamentos já foram tratados em tópico anterior. No entanto, do ponto de vista prático, não há a formulação de um modo a se chegar ao resultado correto, já que não valeria o método da ponderação.

Isso é extremamente relevante, eis que a crítica desvinculada da proposta de uma solução faz com que o problema se perpetue. No voto proferido, o Min. Eros Grau acompanhou o voto da Relatora, discordando unicamente da fundamentação adotada. Entretanto, não foi demonstrado o raciocínio utilizado para se chegar ao mesmo resultado.

Desse modo, a discricionariedade do julgador na realização da ponderação não parece ser tão diferente do método adotado por aqueles que a criticam.

Após a breve análise da crítica apresentada no voto do Min. Eros Grau, parte-se à observação de alguns aspectos relevantes do voto da Ministra Relatora.

Vislumbra-se no voto da Relatora a mesma problemática no apontamento dos princípios em conflito que fora observado no julgado antecedente, de relatoria do Min. Celso de Mello. Foram indicados, de um lado, os preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, de outro, o desenvolvimento econômico sustentável e a garantia ao pleno emprego.

Novamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é contraposto a um princípio que já o contém: o princípio do desenvolvimento sustentável. No presente julgado parece ainda mais expressiva a incorreção, pois

um princípio que possui um sentido interno de ponderação é aqui apontado como um dos princípios conflitantes.

Assim, se o desenvolvimento sustentável é a verificação de que se deve buscar a compatibilização da exploração dos recursos naturais pela atividade econômica, preservando-se o direito ao meio ambiente sadio das presentes e das futuras gerações e garantindo, cada vez mais, qualidade de vida a todos, não há como se operar uma ponderação nos moldes propostos pelo voto.

Adere-se mais uma vez a ideia de que deva haver uma substituição da indicação proposta pelo livre exercício da atividade econômica. A adequação da mudança é atribuída ao fato de que o livre exercício da atividade econômica pode ser considerado de forma singular e, caso esteja em conflito com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, há como se obter a solução do conflito através da conciliação proposta pelo desenvolvimento sustentável. Ou seja, a presente indicação parece mais correta, pois o princípio do desenvolvimento sustentável nunca pode ser adotado por um dos lados, mas sim como um instrumento para o atingimento da solução da colisão.

Outro aspecto que se repete na análise deste julgado, é que não há a aplicação de critérios específicos à ponderação. São, desse modo, apontadas as mesmas censuras doutrinárias, especialmente com relação à motivação e à ausência de racionalidade.

Propõe-se, então, o desenvolvimento de uma análise a partir da utilização dos princípios instrumentais da proporcionalidade e, nos moldes do presente trabalho, do desenvolvimento sustentável.

Dentro da relação inerente à proporcionalidade de meio e fim, isto é, uma medida concreta e o fim a que se destina, observa-se que a medida pode ser identificada como a busca do Poder Judiciário visando à garantia de importação de pneus usados para viabilizar economicamente a indústria de recauchutagem de pneus.

Utilizando-se o subprincípio da adequação, constata-se que a medida pode ser adequada sob um ponto de vista e não plenamente adequada sob outro. Primeiramente, as decisões judiciais são suficientes para que se consiga a importação dos pneus usados. Mas, por outro lado, ficou consignado no julgamento, que apenas quarenta por cento dos pneus usados importados se prestam para o procedimento de recauchutagem, sendo o restante inservível, o que demonstra a

importação de pneus, embora tenha sido alegado que é mais lucrativa do que a utilização de pneus usados brasileiros, não é plenamente satisfatória para a indústria de recauchutagem, uma vez que o descarte de pneus é superior ao número de viáveis. Nesse sentido, a medida é parcialmente capaz de atingir o fim almejado.

Quanto ao subprincípio da necessidade, depara-se novamente com a dificuldade de afirmar se haveria outra medida a ser adotada que pudesse ser menos restritiva aos direitos. Diante da vigência de normas impeditivas de importação dos pneus usados, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, seja por ameaça ou violação a direito, parece que a busca pelo Poder Judiciário era efetivamente a menos restritiva.

Porém, é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que pode determinar a desproporcionalidade da medida. Os benefícios advindos, como foi ressaltado pela Min. Cármen Lúcia, são certamente inferiores aos malefícios suportados com a importação dos pneus usados.

A Min. Cármen Lúcia demonstrou todas as implicações na saúde pública e na preservação do meio ambiente sadio decorrentes da importação dos pneus usados. Salientou-se a enorme quantidade de pneus descartados após a importação em razão da sua imprestabilidade econômica e o aumento do passivo ambiental. Foi, inclusive, corretamente destacada a aplicação do princípio da precaução, em razão da inexistência de certeza científica quanto ao grau de prejudicialidade de certas formas de eliminação dos pneus, como a incineração. Não foram esquecidos os problemas resultantes do acúmulo de água em pneus, que viabilizam a proliferação de insetos transmissores de doenças tropicais, como a dengue, a malária e a febre amarela.

Os benefícios colhidos com a importação limitar-se-iam a existência no mercado de pneus recauchutados, que são mais baratos do que os novos, mas têm a vida útil consideravelmente reduzida, e a observância da livre iniciativa, resultando em empregos diretos e indiretos. Não são vantagens desconsideráveis, mas diante de tão expressivas desvantagens, não há desconsiderar o caráter desproporcional.

Vale, ainda, mencionar que no voto proferido pela Relatora, foi considerada a ausência de comprovação quanto à imprestabilidade dos pneus usados brasileiros para o desenvolvimento da atividade. A utilização de pneus usados brasileiros seria absolutamente positiva para todos os princípios em jogo,

pois a reciclagem é incontestavelmente benéfica para o meio ambiente e para a saúde e a atividade econômica poderia ser explorada, gerando vários empregos.

Com a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável, haveria a confirmação do resultado ao qual se chegou com a ponderação a partir do princípio da proporcionalidade. Novamente, impor-se-ia o afastamento da sustentabilidade em suas dimensões espacial e cultural, dada a especificidade das mesmas.

Assim, o aspecto social conduziria à conclusão da inconstitucionalidade das decisões judiciais porque estas não trariam benefícios sociais expressivos, mas certamente graves malefícios, não estando a produção voltada às necessidades sociais.

Na dimensão econômica, em virtude de sua busca pela melhor utilização dos recursos, a importação dos pneus usados seguiria o caminho diametralmente oposto, pois não são empregados instrumentos para a realização da atividade econômica com o menor impacto.

E, quanto à sustentabilidade ecológica, há normas de proteção ambiental claramente contrárias à importação e que, como foi ressaltado no julgamento, não afrontam o princípio da legalidade. Não há, portanto, respaldo das decisões judiciais na dimensão ecológica da sustentabilidade.

Há, por fim, que se enfatizar a desobediência à equidade intergeracional pelas decisões, pois a quantidade de pneus importados inservíveis causariam problemas que seriam sentidos não só pela presente geração, mas também pelas futuras.

Conclui-se que, novamente, os resultados do julgamento e da presente análise coincidiram. No entanto, é importante repetir a necessidade de adoção de critérios específicos para minimizar o grau de subjetivismo nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à matéria. Do mesmo modo, embora tenha sido garantida a efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável, a indicação deste como um dos princípios conflitantes pode levar a julgamentos completamente incoerentes, sendo imprescindível sua aplicação como princípio instrumental do sopesamento.

3.1.4. A ADI 3.378-6/DF

3.1.4.1. Relatório

A ADI 3.378-6/DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, visa à declaração de inconstitucionalidade do art. 36 *caput* e de seus §§1º, 2º e 3º, da Lei nº 9.985/2000¹⁵¹. Alega-se que os referidos dispositivos afrontariam os princípios da legalidade, da harmonia entre os poderes, da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que estes impõem o pagamento de prévia indenização, sem a configuração do dano ambiental.

Inicialmente, o Min. Relator Carlos Britto votou pela improcedência do pedido, ao sustentar a completa constitucionalidade das disposições em apreciação da Lei nº 9.985/2000. Destacou que a mencionada lei está em consonância com a especial proteção constitucional conferida ao meio ambiente – que fez dispor, inclusive, a observância à proteção do meio ambiente no capítulo referente à ordem econômica –, pois “o compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental” representa essa opção política da Constituição de 1988.

Não foi reconhecida a violação ao princípio da legalidade, eis que a previsão da forma de financiamento dos gastos decorre da própria Lei nº 9.985/2000. O Relator ainda salientou que a preocupação relativa à discricionariedade por parte do órgão ambiental em fixar o quantum relativo à compensação não parece ser razoável, já que este será firmado de acordo com impacto ambiental que for dimensionado no Estudo de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, sendo que eventuais excessos sempre poderão ser postos à apreciação do Poder Judiciário.

¹⁵¹ Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm. Acesso em: 18/06/2011.

Em relação à fixação de valor mínimo de compensação, o Min. Carlos Britto afirmou que este se revela adequado, pois não poderia o legislador prever todas as hipóteses de impacto ambiental, estando em

conformidade com o inciso IV do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que fez da elaboração de prévio estudo de impacto ambiental uma intransigente condição de validade de toda e qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente.

Acrescentou que o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 é a consagração na legislação do princípio do usuário-pagador, que remete a ideia de que mesmo ausente o dano ambiental, nascerá o dever do empreendedor em contribuir nas despesas das medidas preventivas.

Em relação à alegada ofensa ao princípio da razoabilidade, cabe aqui transcrever trecho do voto que analisa a inexistência:

Primeiro, porque a compensação ambiental se revela como instrumento adequado ao fim visado pela Carta Magna: a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, respectivamente. Segundo, porque não há outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional senão impondo ao empreendedor o dever de arcar, ao menos, em parte, com os custos de prevenção, controle e reparação dos impactos negativos ao meio ambiente. Terceiro, porque o encargo financeiro imposto (a compensação ambiental) é amplamente compensado pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.

Após pedido de vista, o Min. Marco Aurélio Mello proferiu seu voto no sentido de julgar procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 36, *caput* e os §§1º, 2º e 3º, da Lei nº 9.985/2000. Segundo o Ministro, em contrariedade ao que dispõe o §3º do art. 225 da Carta Magna, os dispositivos apontados não se baseiam em efetivo dano, o que revelaria a imposição de indenização prévia por parte do empreendedor, sem que houvesse qualquer nexo de causalidade. Em acréscimo, sustentou que

em desprezo total ao princípio da razão suficiente, estabelece, como base de incidência do percentual a ser fixado pelo órgão ambiental licenciador, os “custos totais previstos para a implantação do empreendimento” e não o possível dano verificado.

O Min. Carlos Britto procedeu a novo esclarecimento de seu voto, em razão do transcurso de bastante tempo desde que havia sido proferido, e, com as

contribuições do Min. Ricardo Lewandowski, do Min. Celso de Mello e do Min. Joaquim Barbosa, aderiu à proposta do Min. Menezes Direito, para julgar parcialmente procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade com redução de texto, alterando a redação do dispositivo para:

O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade, sendo fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

Fundamentou-se que para dar concretude ao princípio do desenvolvimento sustentável, havendo a proteção do meio ambiente sem se impossibilitar o desenvolvimento econômico, a redação do artigo deveria ser alterada, eis que a original permitiria a compreensão de que sempre haverá o impacto ambiental, e, portanto, suscetível de compensação, enquanto que, na realidade, este poderá ser completamente afastado.

Novamente foi ressaltado, em oposição ao que fora assinalado pelo Min. Marco Aurélio Mello, não se tratar de indenização, sendo “verba de natureza compensatória porque visa preservar o meio ambiente em eventual empreendimento que possa causar o significativo impacto ambiental”.

Retirou-se, portanto, a obrigatoriedade de vinculação ao valor de, no mínimo, meio por cento do empreendimento, para ser fixado, pelo órgão ambiental, em conformidade com o estudo de impacto ambiental, isto é, pelo grau de impacto ambiental gerado pelo empreendimento. Como explicou o Min. Menezes Direito, abrem-se algumas hipóteses com a nova redação:

Se nós tirarmos a ideia de percentual, poderá ocorrer duas coisas: uma, não haver impacto ambiental significativo e nenhuma proporcionalidade entre o impacto ambiental e a participação do empreendedor na compensação do eventual impacto; a segunda, pode ser estabelecido outro critério que não seja o de percentual sobre empreendimento, porque esse critério, como está fixado no mínimo, pode levar ao máximo, ficando absolutamente descontrolado.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade das expressões indicadas no voto reajustado do Min. Relator Carlos Britto, constantes do art. 36, §1º, da Lei nº 9.985/2000, vencidos o Min. Marco Aurélio Mello, que

declarava a inconstitucionalidade de todos os dispositivos impugnados, e o Min. Joaquim Barbosa, que propunha interpretação conforme, nos termos de seu voto.

3.1.4.2. Análise

Diferentemente dos outros dois julgados analisados, no presente acórdão, não há evidências de incorreções quanto à indicação dos princípios em colisão. No entanto, o Min. Carlos Britto denominou de princípio da razoabilidade o que, nesta monografia, foi chamado de proporcionalidade, a partir da contribuição de alguns doutrinadores. E já havia sido explorada a imprecisão terminológica dos tribunais nesse aspecto no capítulo anterior.

É, portanto, o primeiro a desenvolver a ponderação dos princípios a partir de critério específico, embora aparentemente isso decorra do fato de ter sido alegada ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na petição inicial.

Cabe ressaltar que foi incluída no julgado a consideração acerca do princípio do poluidor-pagador – mencionado pelo Min. Carlos Britto como usuário-pagador –, já que a tutela ambiental é inovadora em relação à responsabilidade civil, mesmo a objetiva, pois esta exige a configuração do dano, enquanto que a proteção do meio ambiente é preventiva. A prevenção que norteia a tutela ambiental, como foi destacada no primeiro capítulo – quando se explorou o significado do presente princípio –, é fundamental para a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, eis que a reparação de um dano ambiental é, em grande parte das vezes, impossível ou muito difícil e dispendioso.

Desse modo, diferentemente do posicionamento adotado pelo Min. Marco Aurélio Mello, o princípio do poluidor-pagador tem estatura constitucional, pois, no art. 225 da Constituição, são por diversas vezes tratadas as ideias de preservação e de proteção, que são anteriores a efetivação do dano.

De forma diversa da realizada nos julgados antecedentes, no presente acórdão, é possível analisar a ponderação realizada, sob a terminologia de razoabilidade, mas através dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ao invés de propor a sua construção.

Segundo o Relator, “a compensação ambiental se revela como instrumento adequado ao fim visado pela Carta Magna: a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, respectivamente”. De fato, a compensação ambiental, nos moldes acima descritos quanto ao princípio do poluidor-pagador, é capaz de atingir a finalidade almejada pela Constituição, insculpida no *caput* do art. 225.

No entanto, cabe aqui ressaltar que a compensação proposta pela Lei nº 9.985/2000 não é relacionada à prevenção direta do impacto ambiental vinculado ao empreendimento, pois a finalidade da lei é obrigar o empreendedor a destinar recursos para apoiar a implantação e a manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral. Ou seja, empreendimentos que sejam comprovadamente, através de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, impactantes ambientalmente deverão contribuir para a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, não tratando especificamente da compensação do impacto referente ao próprio empreendimento.

Mesmo nesse sentido, a medida parece ter relação estreita com a ideia de que tanto o Poder Público quanto à coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente na proposta da equidade intergeracional, pois é a finalidade mais abrangente da tutela do meio ambiente na Constituição.

Quanto ao subprincípio da necessidade, o Min. Carlos Britto assentou que “não há outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional senão impondo ao empreendedor o dever de arcar, ao menos, em parte, com os custos de prevenção, controle e reparação dos impactos negativos ao meio ambiente”. Nos termos do voto, é possível interpretar que o Relator estaria a tratar dos custos de prevenção do impacto ambiental do próprio empreendimento, enquanto que a lei propõe uma socialização obrigatória da manutenção das mencionadas unidades de conservação.

A compensação é medida necessária, em parte, porque não haveria outros meios menos restritivos dos direitos para o atingimento do fim, na medida que cumpre a todos garantir o meio ambiente sadio. Aguardar que os agentes econômicos espontaneamente contribuíssem para sua preservação, destinando recursos e reduzindo seus lucros, é extremamente utópico.

No entanto, ainda dentro do campo da necessidade, parece que a proposta do Min. Menezes Direito vem corrigir uma desproporção, pois a medida

estaria a restringir excessivamente o livre exercício da atividade econômica ao condicionar o valor da compensação a um mínimo de meio por cento do valor do empreendimento.

Nessa esteira, ficou decidido, no acórdão, que os recursos destinados deveriam guardar relação com o impacto ambiental aferido no EIA/RIMA e não diretamente com os custos totais do empreendimento. A referência ao valor mínimo de meio por cento também foi suprimido, de forma que, pode não haver a obrigatoriedade de compensação caso não haja impacto ambiental significativo. Desatrelou-se a compensação do empreendimento para vinculá-la ao impacto ambiental, ficando a fixação a cargo do órgão ambiental, respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, o primeiro posicionamento do Min. Carlos Britto não alcançou plenamente a adequada ponderação dos princípios conflitantes, já que revelou-se a desproporcionalidade da medida no subprincípio da necessidade.

Pela perspectiva do princípio do desenvolvimento sustentável, na dimensão econômica, observa-se que a compensação promove a exploração da atividade econômica com maior consciência da necessidade de redução do impacto ambiental, pois é mais vantajoso economicamente para o empreendedor buscar a redução deste.

No aspecto ecológico, a Lei nº 9.985/2000 impôs regras que claramente contribuem para a preservação ambiental, pois regulamenta o dever da coletividade, na qual estão inseridos os agentes econômicos, de defender e preservar o meio ambiente para a presente e para as futuras gerações.

Assim, a equidade intergeracional ganha maior concretude com a medida proposta pela referida lei.

Pelo exposto, a compensação proposta pelo art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não é plenamente proporcional, eis que restringia de modo excessivo o livre exercício da atividade econômica ao vincular os recursos para a compensação com os custos totais do empreendimento e não ao impacto ambiental aferido.

No entanto, após a correção da inconstitucionalidade pelo método da ponderação com base no princípio da proporcionalidade, ficou constatado que a medida passou a garantir a efetividade do desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, a aplicação conjunta dos referidos princípios leva a maior objetividade no resultado do presente julgamento.

Conclusão

Foi proposto, no presente trabalho, desenvolver uma análise acerca da busca da efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável a partir da ponderação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica realizada pelo Poder Judiciário, tendo sido restringida a análise a julgados expoentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em razão da discussão ser eminentemente constitucional.

Para tanto, foram estabelecidos objetivos específicos que, em seu somatório, conduziram à possibilidade de posicionamento crítico dos julgamentos selecionados.

Primeiro, apresentaram-se os princípios constitucionais conflitantes, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica. Iniciou-se por breve revisão acerca dos direitos fundamentais para permitir a compreensão da localização dos direitos envolvidos.

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é classificado doutrinariamente como um direito de terceira dimensão, que satisfaz de forma mais plena a ideia de continuidade e agregação dos direitos em relação ao conceito de geração, e nasce em um contexto histórico marcado pelas agressões decorrentes das duas grandes guerras mundiais e uma nova concepção de convivência mundial. Une-se a outros direitos marcados pelo caráter da transindividualidade, isto é, a titularidade destes é de todo o gênero humano. Como consequência, foi previsto inicialmente em documentos multinacionais, mas, por aspectos de efetividade, houve a constitucionalização do direito ao meio ambiente com o advento da Constituição de 1988, que inaugurou uma verdadeira ordem constitucional ambiental, dotada de caráter principiológico próprio.

O livre exercício da atividade econômica foi também analisado a partir de sua evolução histórica, como desdobramento essencial da livre iniciativa, apresentando-se ainda a discussão doutrinária quanto à sua inserção nos direitos fundamentais, como expressão do direito de liberdade. Foi destacado que esse princípio é essencial dentro do sistema capitalista, eis que através dele se viabiliza seu objetivo que é o desenvolvimento. Os problemas decorrentes da intensa exploração pelo capitalismo fizeram nascer a necessidade de inserir o livre exercício

da atividade econômica em uma ordem econômica que impusesse limitações de caráter social e também ambiental. Desse modo, a Constituição de 1988 impõe certos temperamentos à ordem liberal, que podem ser revelados por alguns espaços de atuação direta do Estado na atividade econômica, pelo desempenho do papel regulatório estatal e, ainda, pela imposição de observância de fundamentos e princípios no exercício da atividade econômica. Foram eleitos como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a existência digna e a justiça social. Dentro dos princípios, foi destacado o denominado princípio da função socioambiental da propriedade.

O princípio do desenvolvimento sustentável mereceu uma análise apartada da sua vinculação tradicional ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois, nos moldes do trabalho proposto, nele está presente a própria ideia de ponderação dos princípios anteriormente expostos, não devendo ser apresentado por um dos lados, mas como a conciliação dos mesmos. Foi objeto de estudo o seu desenvolvimento nas declarações internacionais e sua assimilação pela ordem constitucional vigente, a partir da leitura conjunta dos arts. 170, *caput* e inciso VI, e 225, *caput*, da Constituição Federal. Foram traçados os estudos doutrinários identificadores de seus principais elementos – a equidade intergeracional e suas cinco dimensões – que contribuiriam para, no capítulo seguinte, ser estabelecida sua utilidade como princípio instrumental da ponderação junto ao princípio da proporcionalidade.

No segundo capítulo, foi dada ênfase à análise do método de ponderação. Apresentou-se a mudança paradigmática do positivismo para o pós-positivismo, sendo, a sua principal contribuição, a reconhecida normatividade dos princípios jurídicos. Demonstrou-se, a partir dos estudos desenvolvidos por grandes doutrinadores, a diferenciação dos princípios e das regras, como espécies da norma jurídica, residindo, sobretudo, na forma de resolução de conflitos.

Foi objeto de reflexão o entendimento que atribui pouco valor jurídico, em razão do elevado grau de subjetivismo, ao método da ponderação exclusivamente considerado. Assim, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram observados como critérios específicos a conferir maior objetividade à resolução de colisões de princípios. Ficou assentada a diferença entre os mesmos, embora tenha sido evidenciada a pouca precisão terminológica dos tribunais.

As posições doutrinárias contrárias também foram apresentadas, apesar de não ser objeto deste trabalho a discussão do acerto na formulação do método da ponderação. Apenas foi ressaltada a inexistência de outro método realmente apontado como o mais adequado e, portanto, a imprescindibilidade de se aprimorar a ponderação com critérios que minimizem sua criticada discricionariedade.

Nesse sentido, foi defendida a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável como princípio instrumental da resolução de conflitos entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica, em conjunto com o emprego da máxima da proporcionalidade. Sua observância parte da análise da promoção da equidade intergeracional e das dimensões social, econômica, ecológica, espacial e cultural da sustentabilidade.

Por fim, procedeu-se à análise dos três julgados selecionados, por meio de critérios, como as relevâncias econômica e social e as fundamentações na ponderação.

Na ADI-MC 3.540-1/DF foi apontada a incorreção na identificação dos princípios, mas referidos pelo Min. Celso de Mello como valores, dada a apresentação do desenvolvimento nacional como contraposto ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Foi retomado o conteúdo, explorado no primeiro capítulo, sobre a diferenciação de desenvolvimento e crescimento econômicos e a inclusão da proteção ambiental no desenvolvimento nacional. Ainda foi levada em conta a ausência de aplicação de critérios específicos na fundamentação do acórdão, o que permitiu a reconstrução da ponderação realizada nos moldes dos princípios propostos por esta monografia. Chegou-se à conclusão de que o mesmo resultado seria obtido no julgamento da ADI-MC 3.540-1/DF pela adoção de critérios específicos, o que revela que, segundo a análise proposta, foi garantida efetividade ao desenvolvimento sustentável.

Na ADPF 101/DF foi observada novamente a falha no estabelecimento dos princípios conflitantes, dessa vez sendo considerado o desenvolvimento sustentável como o princípio em conflito com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No referido julgado parece ainda mais expressiva a incorreção, pois um princípio que possui um sentido interno de ponderação é aqui apontado como um dos princípios conflitantes. Aderiu-se mais uma vez a ideia de que deva haver uma substituição da indicação proposta pelo livre exercício da atividade econômica.

Dada a ausência de adoção de princípios instrumentais no método da ponderação, foi construída uma análise a partir dos princípios da proporcionalidade e do desenvolvimento sustentável. Restou considerado que, novamente, os resultados do julgamento e da proposta análise coincidiram. No entanto, é importante repetir a necessidade de adoção de critérios específicos para minimizar o grau de subjetivismo nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à matéria. Além disso, embora tenha sido garantida a efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável, a indicação deste como um dos princípios conflitantes pode levar a julgamentos completamente incoerentes, sendo imprescindível sua aplicação como princípio instrumental do sopesamento.

Na ADI 3.378-6/DF, não houve a constatação de problemas no que tange à indicação dos princípios em conflito. No entanto, a terminologia empregada para o critério específico adotado não pareceu correta, eis que a divisão em subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito é conhecida doutrinariamente como princípio da proporcionalidade, e não da razoabilidade.

Passou-se à análise do julgado no modo proposto inicialmente pelo Min. Carlos Britto e foi considerada desproporcional a medida presente no art. 36 da Lei nº 9.985/2000, em relação à vinculação da compensação ao valor total do empreendimento. Foi, assim, de extrema relevância a intervenção dos outros ministros, em especial a proposta formulada pelo Min. Menezes Direito, para que houvesse a alteração da vinculação, passando-a ao impacto ambiental.

Apenas para ficar registrado, a presente monografia não teve a pretensão de investigar, como objetivo geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao conflito entre os princípios já mencionados. Entende-se que a jurisprudência de um tribunal é muito mais ampla do que coleta de três julgados, por mais que não se tenha encontrado muitos outros acórdãos através da pesquisa de jurisprudência disponibilizada.

Foi defendida a adoção do princípio do desenvolvimento sustentável como instrumento a auxiliar o método da ponderação, já sendo utilizado o princípio da proporcionalidade, para atingir graus mais elevados de objetividade em decisões judiciais. Entendeu-se que a melhor forma de conferir efetividade ao princípio se dá a partir do seu emprego como critério para solucionar possíveis conflitos entre o

direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica.

E, através da seleção de três acórdãos do Supremo Tribunal Federal, ficou constatada a coincidência dos resultados com aqueles advindos da análise a partir do princípio do desenvolvimento sustentável. Entretanto, não foi adotada posição acrítica em face de incorreções no apontamento dos princípios em conflito, bem como em relação à não adoção de princípios instrumentais. Desse modo, em outros julgamentos poderá não ocorrer a coincidência aqui vislumbrada, o que merece a adoção de critérios que confirmam mais segurança e objetividade.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BALBINOTT, André Luiz; WINCKLER, Silvana Terezinha. Direito ambiental, globalização e desenvolvimento sustentável. **Direito ambiental e desenvolvimento** (Coordenadores Welber Barral e Luiz Otávio Pimentel). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. Direito Ambiental e Desenvolvimento. In: **Direito ambiental e desenvolvimento** (Coordenadores Welber Barral e Luiz Otávio Pimentel). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** (Organizador Luís Roberto Barroso). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.

BATISTA, Roberto Carlos. Ambiente e Saúde: Direitos Humanos e Fundamentais Interdependentes. In: **Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável** (Coordenadores Suzi Huff Theodoro, Roberto Carlos Batista e Izabel Zaneti). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 23/04/2011.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 07/05/2011.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (com nova redação dada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 02/06/2011.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 26/04/2011.

_____. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm. Acesso em: 12/06/2011.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 29/04/2011.

_____. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm. Acesso em: 18/06/2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02/05/2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; NEGÓCIO, Carla Daniela Leite. Meio ambiente e desenvolvimento: uma interface necessária. In: **Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável** (Coordenadores Suzi Huff Theodoro, Roberto Carlos Batista e Izabel Zaneti). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção Jurídica do Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DERANI, Cristiane; RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Princípios gerais do direito internacional ambiental. In: **O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental** (Organizador Aurélio Virgílio Veiga Rios). São Paulo: Peirópolis; Brasília, DF: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

DOLME, Daniella. **Abuso dos princípios constitucionais ameaça jurisprudência, dizem especialistas**. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/43259/abuso+dos+principio+constituiconais+ameaca+jurisprudencia+dizem+especialistas.shtml>. Acesso em: 20/05/2011.

DORNELLES, João Ricardo. **O que são Direitos Humanos**. Coleção Primeiros Passos. Rio de Janeiro : Editora Brasiliense, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. **O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável**. Revista do Direito Ambiental. v. 50, ano 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso de Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. **A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre princípios e regras**. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RDGV_03_p241_254.pdf Acesso em: 29/05/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MOTA, Mauricio. **Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade**. Revista do Direito Ambiental. v. 50, ano 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <http://onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 14/05/2011.

_____. REPORT OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT - RIO DECLARATION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>. Acesso em: 30/04/2011.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROMÃO, José Eduardo Elias. **Justiça procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas**. Brasília: Maggiore, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ZARDO, Cláudia. **Entrevista – Daniel Sarmento**. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/3200-entrevista--daniel-sarmento.html>. Acesso em: 30/05/2011.