

---

# COLISÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA PROPOSTA PARA A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

---

*Francine Deitos Kreling*

SUMÁRIO: Introdução; 1.1 Fundamentos da ordem econômica; 1.2 Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental; 2 Embate entre o ambiental e o econômico no STF; 2.1 Evolução jurisprudencial no âmbito do STF; 2.2 Análise crítica de decisões que envolvem conflitos entre princípios constitucionais fundadas na técnica da ponderação ou princípio da proporcionalidade; 3 A aparente colisão entre meio ambiente e desenvolvimento econômico: uma proposta para a efetividade constitucional; 3.1 Considerações introdutórias; 3.2 Colisão de princípios. ponderação de valores e integridade do direito; 3.3 Críticas à técnica da ponderação ou princípio da proporcionalidade; 3.4 Conflito Aparente de normas constitucionais. O Direito como integridade: uma proposta para a efetividade constitucional; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho monográfico tem como propósito examinar a pretensa colisão dos direitos ao meio ambiente e ao desenvolvimento econômico, mencionada em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, e propor uma solução teórica visando à máxima eficácia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A fim de atingir o objetivo proposto, optou-se por uma dissertação objetiva, iniciando o trabalho com um exame das disposições expressas no texto constitucional sobre defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e direito ao desenvolvimento econômico, esclarecendo a posição da doutrina sobre as referidas normas, em face da elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental. A seguir, busca-se demonstrar como o Supremo Tribunal Federal decide acerca dos princípios suprarreferidos, nos casos envolvendo conflitos entre meio ambiente e economia, efetuando, por fim, uma análise crítica à ideia de colisão, demonstrando a aplicabilidade de todo ordenamento jurídico, com uma fundamentação teórica defendendo a harmonização das normas envolvidas, pautada na doutrina de Ronald Dworkin.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente. Ordem Econômica. Princípios. Colisão.

**ABSTRACT:** This monograph aims to examine the alleged collision of the rights to the environment and economic development, mentioned in some decisions of the Supreme Court, and propose a theoretical solution for effectiveness of the fundamental right to an ecologically balanced environment. In order to achieve the proposed goal, we chose an objective dissertation, starting work with an examination of express provisions in the Constitution on defense ecologically balanced environment and the right to economic development, clarifying the position of the doctrine of those standards in the face of rising to an ecologically balanced environment fundamental right. Next, we seek to demonstrate how the Supreme Court decides about mentioned principles in cases involving conflicts between environment and economy, making, finally, a critical analysis of the idea of collision, demonstrating the applicability of all laws, with a reasoning theoretical advocating the harmonization of standards involved, based on the doctrine of Ronald Dworkin.

**KEYWORDS:** Environment. Economic Order. Principles. Collision.

## INTRODUÇÃO

A proteção ambiental, apesar de ter sido consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como direito fundamental, ainda enfrenta inúmeros obstáculos a sua plena realização, mesmo passados 25 anos de sua promulgação. Há necessidade de um reforço nos meios para a preservação do meio ambiente, a fim de garantir a sadia qualidade de vida e, portanto, a existência das gerações presentes e futuras, nos termos preconizados pelo art. 225 da CRFB.

Com o intuito de colaborar com a efetivação da defesa do meio ambiente, a presente pesquisa tem por objeto demonstrar a inexistência de colisão entre os princípios constitucionais do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento econômico, mencionada nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Tem-se, assim, que o presente trabalho justifica-se social e juridicamente pela necessidade de comprovar a importância do apropriado tratamento da matéria, a fim de garantir a observância dos princípios constitucionais que regem o assunto e, por conseguinte, assegurar a efetividade na proteção ao meio ambiente determinada pela Carta Magna.

Conforme se pretendeu demonstrar, as decisões afirmam a existência de colisão, e buscam solucioná-la através da ponderação ou proporcionalidade (não há homogeneidade de critério), fazendo prevalecer um dos interesses presentes na lide.

Nessa linha, como se verá adiante, o STF, ao longo dos anos, firmou posição reconhecendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, e no sentido de que o desenvolvimento econômico consagrado no art. 170 é o desenvolvimento sustentável, pois o referido dispositivo, que estabelece os fundamentos da ordem econômica, além do objetivo de proporcionar uma existência digna a todos os cidadãos, condiciona o desenvolvimento à proteção ambiental. No entanto, o problema é que em muitas decisões o meio ambiente não tem recebido a proteção preconizada pela Constituição. Em que pese o teor da fundamentação utilizada nos julgados, ainda há muita inconsistência, tanto na fundamentação por vezes utilizada, como na existência de conclusões dissociadas da fundamentação.

A pergunta central a ser respondida pela pesquisa é se existe alguma alternativa à ponderação, possível de ser adotada a fim de garantir a máxima eficácia da Constituição no que tange ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, a proposta deste estudo foi examinar a possibilidade de eliminar a ideia de conflito e favorecer a efetivação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, através de uma interpretação da Constituição em seu todo, harmonizando os seus dispositivos. Para tanto, buscou-

se embasamento na ideia de integridade do direito, teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, para quem o ordenamento jurídico não apresenta contradições, apesar de contemplar uma pluralidade de interesses, havendo, sim, uma coerência interna, e cabendo ao intérprete realizar, em cada caso concreto, uma interpretação do direito em sua totalidade.

A fim de cumprir com o objetivo do presente trabalho, de superar o suposto conflito entre meio ambiente e interesse econômico, iniciou-se realizando uma exposição sobre os dispositivos constitucionais que tratam da ordem econômica e do meio ambiente, acompanhada de um estudo sobre o posicionamento da doutrina acerca do sentido de tais normas. No segundo capítulo, realizou-se uma análise da jurisprudência do STF desde a promulgação da Constituição, nas decisões que envolvem meio ambiente e desenvolvimento econômico, analisando a fundamentação utilizada nos votos dos ministros, a forma de utilização da ponderação ou proporcionalidade e o resultado obtido nos julgados, frente ao que dispõe a CRFB. Por fim, no terceiro capítulo fez-se uma apreciação das principais teses que tratam da solução para a colisão entre princípios constitucionais, iniciando com algumas considerações introdutórias, a fim de contextualizar a evolução doutrinária sobre o tema, seguindo com uma explanação sobre as principais teorias, propostas por Robert Alexy e Ronald Dworkin, e, ao final, um exame do impacto das mesmas na jurisprudência do STF, propondo uma solução teórica a fim de que a máxima efetividade da Constituição, no que tange ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, possa ser alcançada.

Nesse sentido, a pesquisa foi orientada pelas seguintes indagações: o STF, ao decidir questões que evidenciam conflito entre meio ambiente e economia, tem respeitado o que dispõe a Constituição? Existe correspondência entre o conteúdo das decisões do STF envolvendo meio ambiente e desenvolvimento econômico com aquilo que a Constituição dispõe sobre o assunto? Se não, qual a possível causa da dissonância? Qual o critério utilizado para as decisões? Há fundamentação coerente ou mera discricionariedade do julgador? Qual a alternativa mais apropriada para a máxima efetividade das disposições constitucionais em matéria de preservação ambiental?

Para tanto, foi efetuada uma pesquisa de jurisprudência no sítio do STF<sup>1</sup>, em todos os tipos de decisões, com a utilização da expressão “meio ambiente”, o que resultou em 254 acórdãos e 1795 decisões monocráticas. Entretanto, examinando as referidas decisões, verificou-se que grande parte trata de assuntos que fogem ao objeto do presente trabalho, como, por exemplo, casos envolvendo direito penal, Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA e gratificações devidas aos servidores

1 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

dos órgãos ambientais. Desse modo, para refinamento da busca, além de utilizar a expressão “meio ambiente”, foram excluídas as expressões “servidor”, “gratificação” e “taxa”, o que resultou em 197 acórdãos e 1292 decisões monocráticas.

Em razão da falta de uniformidade dos termos empregados nos julgamentos, eis que a complexidade das questões envolvidas implica uma indexação muito abrangente, não foi possível restringir mais a pesquisa através da ferramenta eletrônica, sob pena de indevida exclusão de alguma decisão importante, fazendo-se necessário o exame de todas as decisões resultantes da pesquisa, a fim de identificar quais atendiam aos critérios necessários ao desenvolvimento do presente trabalho: colisão entre os princípios escolhidos. Optou-se pelo exame, de forma exclusiva, dos acórdãos, sendo usados para o estudo todos aqueles em que nos votos houve a utilização de tais argumentos para decisão, especialmente nos debates em Plenário, expondo as razões dos votos dos ministros.

Enfim, o intento do presente trabalho foi analisar a aparente colisão entre o direito constitucional ao meio ambiente sadio e equilibrado e o desenvolvimento econômico com suas consequências danosas ao meio ambiente, buscando demonstrar a possibilidade de uma interpretação que mantenha a integridade do texto constitucional. Em suma, pretendeu-se evidenciar a inexistência de conflito de interesses entre os princípios constitucionais mencionados, trabalhando o ordenamento jurídico brasileiro na linha doutrinária proposta por Dworkin, em busca da efetiva proteção ambiental.

## 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADOS

### 1.1 Fundamentos da ordem econômica

O art. 170 da CRFB<sup>2</sup>, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, assim dispõe:

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:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

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

A CRFB, apesar de fundar a atividade econômica na liberdade de iniciativa e assegurar o direito de propriedade privada dos meios de produção, instituiu, de fato, uma ordem econômica intervencionista, pois, a par de consagrar uma economia de livre mercado, estabeleceu diversos princípios limitadores e condicionantes da atividade econômica, com vistas a promover o bem comum e a melhoria da qualidade de vida, e, em especial, instituir como fim da atividade econômica “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Como salienta Toshio Mukai<sup>3</sup>, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não são hierarquicamente superiores aos demais, e podem ser restringidos para que essas liberdades sejam exercidas em conformidade com o interesse social.

Assim, o Estado está autorizado a intervir na ordem econômica quando necessário a promover o bem-estar social ou para concretizar os valores estabelecidos no art. 170, inclusive no que tange à defesa do meio ambiente, como leciona José Afonso da Silva<sup>4</sup>: “[...] tendo-a elevado ao nível de princípio da ordem econômica, isso tem o efeito de condicionar a atividade produtiva ao respeito do meio ambiente e possibilita ao Poder Público interferir drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia.”. Em outras palavras, significa que a presença da defesa ambiental como princípio da ordem econômica deixa explícita a determinação de que as atividades econômicas não se legitimam apenas em razão da necessidade de produção de riquezas, podendo o Estado coibir as atividades que impliquem depredação irresponsável dos recursos naturais.

3 MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 55.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 796.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que, originalmente, o inciso VI do art. 170 da CRFB somente fazia referência ao meio ambiente, mas teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional EC 42/2003<sup>5</sup> com o acréscimo da expressão “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, autorizando, em outros termos, tratamento econômico, jurídico e tributário diferenciado a produtos e serviços em razão do impacto ambiental que provocarem, e servindo, assim, de critério de observância obrigatória acaso seja suscitado o princípio da isonomia. Isso denota uma crescente preocupação com a efetivação da proteção ambiental, reforçando a possibilidade de intervenção do Poder Público a fim de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente<sup>6</sup>, pois possibilita aplicação de maior carga tributária aos produtos e serviços com maior potencial lesivo ao meio ambiente, e, por outro lado, concessão de benefícios fiscais em razão de atividades ou medidas com vistas à redução dos riscos de dano ou do impacto ambiental, havendo quem a denomine “Ordem Econômica Ambiental”<sup>7</sup>.

Conforme pondera José Afonso da Silva, a Constituição alberga dois valores aparentemente em conflito (desenvolvimento econômico-social e preservação da qualidade do meio ambiente e equilíbrio ecológico), ambos com o interesse de promover o bem-estar e a qualidade de vida da população, e conclui que

A conciliação dos dois valores consiste [...] na promoção do chamado *desenvolvimento sustentável*, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras.<sup>8</sup>

Na lição de Toshio Mukai, não existem verdadeiros conflitos entre os princípios arrolados no art. 170 da CRFB, os quais devem ser interpretados em conjunto, pois “[...] há de se compatibilizar todos os princípios elencados pelo art. 170, posto que resulta dessa compatibilização, exatamente, o cumprimento do princípio maior que a Constituição brasileira de 1988 contempla: o da democracia econômica e social”.<sup>9</sup> Compartilham do mesmo entendimento Terence Dornelles

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

6 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 92-93.

7 AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquematisado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 793-796.

8 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 27.

9 MUKAI, op. cit., 2012. p. 56-57.

Trennepohl<sup>10</sup>, Dirley da Cunha Júnior<sup>11</sup> e Édís Milaré, para quem o dilema entre os princípios “meio ambiente x desenvolvimento” é falso, tendo em vista que, um sendo fonte de recursos do outro, devem ser harmonizados e complementares.<sup>12</sup>

Como assevera Orci Paulino Bretanha Teixeira, “O objetivo não é o de impedir as atividades econômicas nem o de utilizar os recursos naturais (especialmente os não renováveis), mas sim o de possibilitar que o seu emprego seja sustentável e racional, e que não haja desperdícios”<sup>13</sup>, o que significa retirar da Terra somente o necessário a não comprometer sua capacidade de regeneração.<sup>14</sup> Por seu turno, Guilherme Purvin de Figueiredo aduz que

Considerando que um dos escopos do Direito Ambiental é o de regular o desenvolvimento das atividades econômicas de forma a internalizar os efeitos ambientais negativos, modificando a própria forma de desenvolvimento destas atividades de forma a prevenir a ocorrência desses efeitos, conclui-se pela indissociabilidade do binômio “economia/meio ambiente”.<sup>15</sup>

Inclusive, Paulo Bonavides entende que o direito ao desenvolvimento configura direito fundamental, juntamente com o direito ao meio ambiente<sup>16</sup>, sendo ambos essenciais à existência humana, razão pela qual desenvolvimento econômico e meio ambiente devem atuar de forma integrada. Nesse ponto, importa ressaltar a distinção entre desenvolvimento, que é qualitativo (relacionado à mudança de técnicas de produção, de ser e de agir, de valores culturais e morais), de crescimento, o qual é essencialmente quantitativo.<sup>17</sup>

A propósito da relação entre Direito e Economia consolidados na nova ordem constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer atestam o surgimento de um constitucionalismo socioambiental<sup>18</sup>, evolução do constitucionalismo social, que tinha por objetivo corrigir o quadro das desigualdades sociais, agora acrescidas da preocupação com

10 TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Fundamentos de Direito Ambiental*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 68.

11 CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 1051.

12 MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 42.

13 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 137.

14 *Ibidem*, p. 75.

15 FIGUEIREDO, op. cit., 2013. p. 120.

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

17 CUNHA JR., op. cit., 2008. p. 1054.

18 SARLET, *Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?)*: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

a dimensão ambiental. Assim, os autores entendem pela existência de um verdadeiro Estado Socioambiental de Direito, com papel ativo na promoção dos direitos fundamentais e especial atenção à tutela ambiental. “O Estado Socioambiental aponta para a compatibilidade da atividade econômica com a ideia de desenvolvimento (e não apenas crescimento!) sustentável, de modo que a ‘mão invisível’ do mercado seja substituída necessariamente pela ‘mão invisível’ do Direito”<sup>19</sup>, ou seja, o Estado *Socioambiental* de Direito é um Estado regulador da atividade econômica, dirigindo-a e ajustando-a aos valores e princípios constitucionais, visando ao desenvolvimento humano e social ambientalmente sustentável:

A ordem econômica constitucionalizada no art. 170 da Carta da República, com base também nos demais fundamentos constitucionais que lhe constituem e informam, expressa uma opção pelo que se poderia designar de um *capitalismo socioambiental* (ou *economia socioambiental de mercado*) capaz de compatibilizar a livre iniciativa, a autonomia privada e a propriedade privada com a proteção ambiental e as justiça ambiental e social, tendo como norte normativo, “nada menos” do que a proteção e promoção de uma vida humana digna e saudável (e, portanto, com qualidade ambiental) para todos os membros da comunidade estatal.<sup>20</sup> [grifos no original]

Com propriedade, adverte Marcelo Abelha Rodrigues que [...] o mesmo recurso ambiental que serve à cadeia produtiva (função econômica) é também aquele que serve à função ecológica (manutenção dos ecossistemas). É daí que surge o choque entre a economia e a ecologia, que deve ser equacionado e equilibrado pelo *desenvolvimento sustentável*.<sup>21</sup>

Por sua vez, Paulo de Bessa Antunes entende haver uma profunda relação entre economia e ecologia, e defende que o Direito Ambiental não pode ser dissociado de considerações profundas sobre seus aspectos econômicos, uma vez que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens naturais<sup>22</sup>, e observa que

A inclusão do “*respeito ao meio ambiente*” como um dos princípios da atividade econômica e financeira é medida de enorme importância, pois ao nível mais elevado de nosso ordenamento jurídico está assentado que a licitude constitucional de qualquer atividade fundada na livre iniciativa está, necessariamente, vinculada à observância do respeito ao meio

19 SARLET, op. cit., p. 21.

20 Ibidem, p. 22.

21 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87.

22 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

ambiente ou, em outras palavras, à observância das normas de proteção ambiental vigentes.<sup>23</sup> [grifos no original]

Outrossim, diante das restrições constitucionais impostas aos interesses econômicos, como a defesa do meio ambiente e a exigência de cumprimento da função social da propriedade (art. 170, III, CRFB), entende-se que o desenvolvimento preconizado pela Constituição é o desenvolvimento sustentável, consistente na utilização racional dos bens e meios de produção naturais, com o objetivo de atender às necessidades do presente, sem comprometer as necessidades das futuras gerações, e diretamente relacionado ao princípio da responsabilidade intergeracional<sup>24</sup>. Na lição de Celso Fiorillo,

[...] o princípio do desenvolvimento sustentável tem por *conteúdo* a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.<sup>25</sup> [grifos no original]

Dessas expressas limitações à ordem econômica, depreende-se que a interpretação do art. 170, VI, da CRFB não pode ser realizada de forma isolada, mas sim operada em conjunto com o disposto no artigo 225, *caput*, da CRFB, harmonizando as referidas normas constitucionais sem que a preservação ambiental constitua um empecilho ao desenvolvimento econômico, e sem que este ocorra à custa da degradação ambiental. Ou, como afirma Édis Milaré,

Compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sócio-cultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espaço. Em outras palavras, isso significa que a política ambiental não se deve 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.<sup>26</sup>

Como bem observa o autor, o crescimento é necessário (inclusive para atendimento do disposto no art. 3º, da CRFB<sup>27</sup>, especialmente quanto

<sup>23</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 15.

<sup>24</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; MORITA, Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>26</sup> MILARÉ, op. cit. 2001. p. 42.

<sup>27</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização

aos incisos II e III), mas deve ocorrer de forma planejada e sustentável, compatibilizando desenvolvimento econômico-social com a proteção da qualidade ambiental, a fim de que “o progresso se concretize em função de todos os homens e não às custas do mundo natural e da própria humanidade”<sup>28</sup>, pois a prevalência desmesurada da visão capitalista gera a vulnerabilidade ambiental, que é causa de injustiça social<sup>29</sup>, além do que “é importante ter em mente que o Planeta tem limites para abrigar pessoas, capitais e empreendimentos”.<sup>30</sup>

Para Paulo Affonso Leme Machado, o conceito de desenvolvimento sustentado “[...] encontra sua mais ampla elaboração no art. 170 da CF, ainda que tenha seu fundamento no art. 225”<sup>31</sup>, e assevera, sobre os princípios da Ordem Econômica, que “Os nove princípios não têm uma ordem de importância. [...] Mas esses princípios representam o mínimo que o constituinte indica para uma ‘existência digna’. Muitas vezes todos os princípios funcionarão em uníssono, e algumas vezes haverá tensão, dissonância e até enfrentamento”.<sup>32</sup>

Nessa esteira, Édis Milaré aduz que

De fato, o capítulo do Meio Ambiente está inserido na Ordem Social. Ora, o social constitui a grande meta de toda ação do Poder Público e da sociedade. A Ordem Econômica, que tem suas características e valores específicos, subordina-se à ordem social. Com efeito, o crescimento ou desenvolvimento socioeconômico deve portar-se como um instrumento, um meio eficaz para subsidiar o objetivo social maior. Neste caso, as atividades econômicas não poderão, de forma alguma, gerar problemas que afetem a qualidade ambiental e impeçam o pleno atingimento dos escopos sociais. [...] nos termos da Constituição, estão desconformes – e, portanto, não podem prevalecer – as atividades decorrentes da iniciativa privada (da pública também) que violem a proteção do meio ambiente.<sup>33</sup>

Na mesma linha de entendimento, José Afonso da Silva aponta a relevância do disposto no art. 170, VI, da CRFB, asseverando que a atividade econômica somente será legítima se atender ao princípio lá

---

e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

28 MILARÉ, op. cit. 2001. p. 43.

29 CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andréa Bulgakov. *Vulnerabilidade Socioambiental*. in MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) *Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

30 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 68.

31 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 158-159.

32 *Ibidem*, p. 177.

33 MILARÉ, op. cit., 2013. p. 171.

inculpado<sup>34</sup>. E, por sua vez, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer acrescentam que

[...] além da necessidade de uma compreensão integrada do regime jurídico dos *direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais*, de modo a contemplar uma tutela ampla e qualificada da dignidade da pessoa humana, tanto sob a perspectiva individual quanto coletiva, a própria noção de sustentabilidade deve ser tomada a partir dos *eixos econômico, social e ambiental*. Tais eixos, contudo, devem ser concebidos e aplicados de forma isonômica e equilibrada, refutando-se, consoante já frisado, toda e qualquer hierarquização prévia, notadamente pelo fato de que é no conjunto que tais dimensões se prestam à promoção de uma existência digna.<sup>35</sup> [grifos no original]

Portanto, a preservação ambiental constitui-se em alicerce da política econômica e social, cujas normas devem ser aplicadas em consonância com as normas ambientais expressas na ideologia constitucional<sup>36</sup>. Ressalta-se, então, que o ordenamento jurídico deve ser interpretado com vistas ao desenvolvimento sustentável, sendo inconstitucionais quaisquer normas ou interpretações contrárias à sustentabilidade, pois, considerando-se que tanto as normas de Direito Econômico como as normas de Direito Ambiental visam, em síntese, ao bem-estar da população, devem elas estar afinadas, possibilitando o desenvolvimento econômico sustentável. Em suma, como ensina José Afonso da Silva, o que deve orientar todas as formas de atuação referente à tutela do meio ambiente é o direito à vida, matriz de todos os direitos fundamentais<sup>37</sup>.

## 1.2 Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

Nas últimas décadas, tem ocorrido uma gradativa conscientização para as questões do meio ambiente, fato que não possui caráter regionalizado, revelando-se, na verdade, um fenômeno mundial, advindo da degradação ambiental decorrente do modo de vida consumista atual e da evolução tecnológica e industrial, e do processo de reconhecimento da importância do meio ambiente para a qualidade de vida.

Nesse aspecto, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Antônio Herman Benjamin, traça cuidadoso histórico, em termos mundiais, da evolução no trato das questões ambientais, onde se verifica

34 SILVA, op. cit., 2013. p. 51.

35 SARLET, op. cit., 2010. p. 25.

36 FRACALOSSO, William; FURLAN, Anderson. *Direito Ambiental*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 56.

37 SILVA, op. cit., 2013. p. 73.

certa uniformidade, e, no caso específico do Brasil, a existência de uma sintonia com esse movimento, ou até mais, muitas vezes inovando em termos de legislação ambiental<sup>38</sup>. O autor observa, ainda, que a constitucionalização do ambiente é tendência internacional<sup>39</sup> e coincide com a própria formação do Direito Ambiental<sup>40</sup>, o que constitui fenômeno interessante, na medida em que demonstra a importância que tem sido devidamente reconhecida à defesa do meio ambiente desde que a humanidade começou a perceber que dessa proteção depende a sobrevivência de sua própria espécie.<sup>41</sup>

Seguindo essa tendência, e inspirada na Declaração de Estocolmo<sup>42</sup>, a CRFB instituiu, ao mesmo tempo, um direito e um dever<sup>43</sup> ao assegurar, no art. 225<sup>44</sup>, um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito cuja proteção constitui dever imposto tanto aos poderes públicos quanto à coletividade, servindo de base para todo o Direito Ambiental, constitucional e infraconstitucional. Com efeito, dispõe o referido artigo:

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:

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

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

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

38 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. (organizadores) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

39 *Ibidem*, p. 61.

40 *Ibidem*, p. 64.

41 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Constitucional do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 184.

42 SILVA, op. cit., 2013. p. 62.

43 FRACALOSSO, op. cit., 2010. p. 63.

44 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

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

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

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

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

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

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

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Durante o processo de elaboração da Constituição de 1988, houve ampla discussão acerca da extensão e da abrangência que deveria ser conferida ao texto constitucional, se mais ampla ou mais enxuta, adentrando-se na discussão acerca da classificação ou não de determinados temas como materialmente constitucionais, em especial, aqui, no que tange ao Direito Ambiental.

De fato, a teoria tradicional<sup>45</sup>, nesse aspecto, costuma distinguir as constituições em razão do modo de identificação de suas normas, ou seja, de acordo com seu conteúdo ou pela forma de elaboração. Nesse aspecto, Constituição, em seu sentido material, seria o conjunto de

45 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 80-83; SILVA, op. cit., 2005. p. 40-41.

normas estruturais de uma determinada sociedade política, tendo por objeto os direitos e garantias fundamentais, a estruturação do Estado e a organização dos poderes<sup>46</sup>. São normas que se revestem de maior importância em razão de sua estreita ligação com a própria existência do Estado (essencial à organização e ao funcionamento deste), e, por serem “materialmente” constitucionais, independem, inclusive, da forma escrita.

Por sua vez, por Constituição em sentido formal são tidas todas aquelas normas elaboradas sob as rígidas formalidades exigidas para confecção e reforma do texto constitucional, independentemente do conteúdo que veiculam<sup>47</sup>. Assim, o conjunto dos princípios e regras contemplados pela Constituição formal não se restringe aos conteúdos materialmente constitucionais antes apontados, veiculando outros assuntos que, pelo fato de constarem do texto constitucional, são tidos por formalmente constitucionais e, por essa razão, as constituições formais somente podem ser escritas. Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides acerca dos temas materialmente constitucionais:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição. [...] a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria *constitucional*.<sup>48</sup> [grifos no original]

No que tange ao conceito de Constituição formal, Dirley da Cunha Jr. aduz:

A Constituição formal é o conjunto de normas escritas reunidas num documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, tenham ou não valor constitucional material, ou seja, digam ou não respeito às matérias tipicamente constitucionais (estrutura do Estado, organização do poder e direitos e garantias fundamentais). O que se afigura relevante aqui é a formalidade que caracteriza essas normas. São elas provenientes do poder constituinte e só podem ser modificadas ou revogadas por processos e formalidades especiais estabelecidos na própria

46 NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 91.

47 *Ibidem*, p. 92.

48 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 80-81.

Constituição. Só são constitucionais pelo simples fato de aderirem ao texto da Constituição.<sup>49</sup>

A par disso, desde logo, é fundamental salientar que todas as normas constantes de uma Constituição formal e rígida, como o é a Constituição de 1988, possuem o mesmo valor, em razão de seu *status* constitucional, e devem ser igualmente respeitadas, independentemente da natureza do conteúdo por elas veiculado, de modo que, na hipótese, não é cabível qualquer distinção entre as faces formais e materiais da constituição. Nessa linha é a lição de Michel Temer<sup>50</sup>, pois o critério de modificação é o mesmo para todas as normas, sejam elas material ou apenas formalmente constitucionais.

Entretanto, como bem apontado por Mariana Barbosa Cirne, hoje se critica essa divisão entre os âmbitos material e formal: “Ora, é exatamente dentro dessas características que está o equívoco em pensar que a constituição é algo a ser reduzido à sua estrutura formal. A estrutura formal e a material não se separam. São facetas de uma mesma moeda, que se constituem reciprocamente”. E, mais adiante, prossegue a autora:

[...] resumir o constitucionalismo a conceitos como os de constituição formal e material é desconhecer – e até ignorar – uma história de reinvenção de seu conceito. Os princípios insertos no texto constitucional (formalmente) são essenciais para a possibilidade de reinvenção material de seu conteúdo. Exatamente por conta disso é que essa discussão entre o que é “de fato constitucional” remete a uma dicotomia entre constituição material e formal que não merece ser privilegiada, já que estes conceitos estão imbricados.<sup>51</sup>

Feitas essas considerações, o conteúdo do art. 225 da CRFB, que regula a proteção ao meio ambiente, enquadra-se como materialmente constitucional, na medida em que o referido dispositivo, embora afastado do art. 5º, nada mais fez do que instituir um direito fundamental, de 3ª geração, como já reconheceu o STF<sup>52</sup>. A respeito dos direitos fundamentais de 3ª geração, Norberto Bobbio considera que “O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.<sup>53</sup>

49 CUNHA JR., op. cit., 2008. p. 107.

50 TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24.

51 CIRNE, Mariana Barbosa. Texto-base do Módulo I: *DIREITO AMBIENTAL - Desvendando sentidos do Capítulo sobre o Meio Ambiente da Constituição de 1988*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 31; 33. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=367>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

52 RE 134.297 e MS 22.164, que serão adiante analisados.

53 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 16 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 06.

Para o objeto do presente estudo, interessa particularmente o disposto no *caput* do art. 225, cujo conteúdo pode ser dividido em quatro partes:

a) Meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da pessoa humana (direito à vida com qualidade); b) o meio ambiente é um bem de uso comum do povo – bem difuso, portanto, indisponível; c) o meio ambiente é um bem difuso e essencial à sadia qualidade de vida do homem; e d) o meio ambiente deve ser protegido e defendido pelo Poder Público e pela coletividade para as presentes e futuras gerações.<sup>54</sup>

Efetivamente, a Constituição de 1988 contém inúmeros direitos fundamentais situados fora do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), os quais estão espalhados pelo restante do texto constitucional<sup>55</sup>, mas cuja positivação como tal se dá, dentre outros fundamentos, através da cláusula de abertura contida no § 2º do art. 5º, a qual abrange, além dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, todos aqueles assegurados na legislação infraconstitucional, inclusive em tratados internacionais.

E esse é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira dimensão localizado fora do título dos direitos fundamentais, sujeito, como todos os direitos fundamentais, ao regime instituído pelo § 1º do art. 5º da CRFB, que impõe o dever estatal de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.<sup>56</sup> Como anota Tiago Fensterseifer, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais constante do art. 5º, § 1º da CRFB, tem por finalidade a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais, nele incluído o meio ambiente, tanto em sua perspectiva defensiva quanto na sua perspectiva prestacional, podendo ser oposto tanto ao Estado quanto a particulares.<sup>57</sup> Até porque, como assinalam Anderson Furlan e William Fracalossi,

Não custa lembrar, ademais, que o rol dos direitos previstos pelo art. 5º é *meramente exemplificativo e não taxativo*, visto que os direitos e garantias expressos na Constituição não obstam o reconhecimento de outros previstos difusamente no Texto Constitucional ou decorrentes dos regimes e princípios adotados.<sup>58</sup> [grifos no original]

54 SIRVINSKAS, op. cit., 2008. p. 61.

55 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 77.

56 *Ibidem*, p. 79-80; 85.

57 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 170-171.

58 FRACALOSSO, op. cit. 2010. p. 55.

Ainda, com muita propriedade, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer destacam que

A CF/88 (art. 225, *caput*, c/c o art. 5º, § 2º) atribuiu à proteção ambiental [...] o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, além de consagrar a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito brasileiro, sem prejuízo dos deveres fundamentais em matéria socioambiental. Há, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da *dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um *objetivo e tarefa estatal* e de um *direito (e dever) fundamental* do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico [...].<sup>59</sup> [grifos no original]

O meio ambiente configura um bem difuso e indisponível, de maneira que, como leciona José Afonso da Silva, os

[...] atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada mesmo quando seus elementos constitutivos pertençam a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade.<sup>60</sup>

Além disso, a responsabilidade pela preservação ambiental constitui um dever não apenas do Poder Público, mas da coletividade, cabendo a cada cidadão o dever de preservar os recursos naturais, utilizando-se dos meios proporcionados pela Constituição e pela legislação.

Todavia, o aspecto mais importante da mudança promovida pela CRFB foi ter erigido o meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental da pessoa humana, estabelecendo os princípios e limites referentes à proteção ambiental, servindo de fundamento para a solução das questões ambientais e condicionando a interpretação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais que tenham relação com o meio ambiente:

A aplicação da norma ambiental constitucional deve levar em conta toda a estrutura do ordenamento jurídico, partindo-se do capítulo do meio ambiente. Esse capítulo não pode ser interpretado isoladamente, mas deve harmonizar-se com outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, o capítulo dos direitos e garantias fundamentais. O processo

59 SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105-106.

60 SILVA, op. cit., 2013. p. 88.

interpretativo deve transcender ao texto gramatical e buscar sua legitimidade na realidade atual.<sup>61</sup>

Nesse aspecto, Orci Paulino Bretanha Teixeira adverte que “[...] o direito ao meio ambiente dá maior relevância ao objeto – qualidade ambiental – em detrimento dos poderes e faculdades dos indivíduos. O direito fundamental trata de limitação de direitos individuais em prol dos da humanidade”.<sup>62</sup>

Além desses apontamentos, é essencial considerar, também, que o art. 225 da CRFB estabeleceu, em primeiro lugar, um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que, por ser essencial à sadia qualidade de vida, encontra-se umbilicalmente ligado ao direito fundamental à vida, pois, como afirma Édis Milaré, a Constituição de 1988 “institucionalizou o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo”.<sup>63</sup>

Paulo Affonso Leme Machado<sup>64</sup>, igualmente, ensina que “A locução ‘todos têm direito’ cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental (art. 5º, LXXIII, da CF)”. E Frederico Amado acrescenta:

O legislador constituinte reconheceu expressamente o *direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* (art. 225, *caput*), de terceira dimensão, pois coletivo, transindividual, com aplicabilidade imediata, vez que sua incidência independe de regulamentação. [...] Já a *sadia qualidade de vida* é o centro do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois sem boas condições ambientais inexistirá uma vida saudável dos seres racionais e irracionais, formando um elo indissociável como o direito fundamental à saúde.<sup>65</sup> [grifos no original]

Importa ressaltar, ainda, a impossibilidade de garantir a dignidade humana sem que se garanta a existência de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, de modo que o conteúdo do artigo em comento encontra-se, igualmente, indissolavelmente associado aos princípios fundamentais da República (art. 1º, III) e ao direito fundamental à saúde. Celso Fiorillo defende a existência de um “piso vital mínimo”<sup>66</sup> a ser respeitado pelos governantes, e, na mesma esteira, é o entendimento de Frederico Amado, para quem

61 SIRVINSKAS, op. cit., 2008. p. 150-152.

62 TEIXEIRA, op. cit., 2008. p. 92.

63 MILARÉ, op. cit., 2001. p. 233.

64 MACHADO, op. cit., 2013. p. 151.

65 AMADO, op. cit., 2013. p. 24 e 26.

66 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 190-191.

[...] as pessoas têm direito a um *mínimo existencial ecológico* para gozar de uma vida digna, pois sem uma água limpa para beber, um ar puro para respirar e um alimento sem agrotóxicos ou outros males todos os demais direitos fundamentais ficarão prejudicados, em especial o direito à saúde.<sup>67</sup> [grifos no original]

Por seu turno, ao analisar o alcance das modificações promovidas pela Constituição de 1988, José Afonso da Silva aduz que

As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*.<sup>68</sup> [grifos no original]

Inclusive, segundo Antônio Herman Benjamin, mesmo no silêncio constitucional anterior à Constituição de 1988 já era possível identificar tais garantias de cunho ambiental e sua relação com os demais direitos fundamentais:

Um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser – e, historicamente, tem sido – derivado indiretamente da Constituição, por meio da interpretação de dispositivos que asseguram outros valores tradicionais, como a vida (já que sem meio ambiente adequado inviabiliza-se a vida humana e dos outros seres), a saúde (sob o argumento de que o ser humano não pode viver em ambiente degradado), a dignidade da pessoa humana [...].<sup>69</sup>

E acrescenta, mais além: “Em rigor, os fundamentos do art. 225 não estão ilhados, pois ligam-se, de forma umbilical, à própria proteção à vida e à saúde, à salvaguarda da dignidade da pessoa humana e à funcionalização ecológica da propriedade”.<sup>70</sup> Guilherme Purvin de Figueiredo, por sua vez, observa que “Por tratar-se de um direito humano fundamental, ele estende-se às gerações atuais e futuras. Vale dizer, a degradação do meio ambiente pelas gerações atuais constitui violação

67 AMADO, op. cit., 2013. p. 25.

68 SILVA, op. cit., 2005. p. 846-847.

69 BENJAMIN, op. cit., 2007. p. 88.

70 Ibidem, p. 104.

de direito humano assegurado às futuras gerações”.<sup>71</sup> Nisso consiste a importância da norma consagrada pela Constituição: é necessário resguardar o meio ambiente de danos irreparáveis a fim de garantir a própria sobrevivência da espécie humana, pois nenhum desenvolvimento econômico é capaz de reverter os danos causados, de modo que a única saída possível à humanidade é a prevenção. Assim, promover a proteção ambiental significa, em outras palavras, verdadeiro meio de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e de garantia dos direitos à vida e à saúde.<sup>72</sup>

A propósito, baseando-se na doutrina de Ingo Sarlet, lecionam Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder e Sílvia Cappelli<sup>73</sup> que

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é, por força da abertura material consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, cláusula pétrea e sujeito à aplicabilidade direta, mesmo não constando do catálogo do art. 5º, uma vez que o constituinte optou por inseri-lo no âmbito das disposições constitucionais sobre a ordem social. Assim, trata-se de um direito formal e materialmente fundamental. Formal porque é parte integrante da Constituição escrita, situando-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, e encontra-se ‘submetido aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60, CF)’, além do que é uma norma diretamente aplicável e que vincula de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, parágrafo 1º). Material, porque se trata de um direito fundamental ‘constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade’.

Por conseguinte, considerando que o art. 225 da CRFB não apenas estabeleceu um direito fundamental, mas também regulou aspectos inerentes à garantia deste e de outros direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida, prevalece o entendimento doutrinário de que seu conteúdo classifica-se como materialmente constitucional, por inserir-se na categoria dos direitos e garantias fundamentais. Assim, deve ser lido como um direito fundamental e indisponível, e, portanto, sempre interpretado à luz da cláusula de abertura expressa no art. 5º, § 2º da CRFB. Em face disso, cabe salientar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez reconhecido como direito

71 FIGUEIREDO, op. cit., 2013. p. 82.

72 AMADO, op. cit., 2013. p. 24.

73 MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 19.

fundamental, configura inclusive cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CRFB:

Reconhecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental implica, além da impostergável obrigatoriedade de o Estado garanti-lo a qualquer custo, positiva ou negativamente, a *intangibilidade jurídica* desse mesmo direito, não podendo ser suprimidos dispositivos *constitucionais e infraconstitucionais* a ponto de nulificá-lo ou enfraquecê-lo.<sup>74</sup> [grifos no original]

Por oportuno, vale transcrever a lição de José Rubens Morato Leite:

[...] o direito fundamental do meio ambiente não admite retrocesso ecológico, pois está inserido como norma e garantia fundamental de todos, tendo aplicabilidade imediata, consoante o art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição. Além do que o art. 60, § 4º, IV, também da Carta Magna, proíbe proposta de abolir o direito fundamental ambiental, nesse sentido considerado cláusula pétrea devido à sua relevância para o sistema constitucional brasileiro, como direito social fundamental da coletividade.<sup>75</sup>

Nessa linha, ressalta-se que o caráter fundamental atribuído pela CRFB ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, elegendo-o como uma das prioridades a serem perseguidas, implica seu posicionamento superior na hierarquia das normas constitucionais, somado a outros direitos fundamentais por ela consagrados, servindo de limitação expressa a outros direitos nela igualmente previstos. Como afirma Frederico Amado,

[...] é possível concluir pela *eficácia dirigente* do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (pois este vincula os três Poderes do Estado na busca de sua efetivação) e pela *eficácia irradiante* (que norteia a interpretação e aplicação das disposições infraconstitucionais), da qual decorre a *eficácia horizontal* que alonga tal direito ao plano privado.<sup>76</sup> [grifos no original]

Como consequência, na interpretação das normas ambientais devem ser priorizados o método de interpretação conforme a constituição (art. 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/1999), o princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva (direcionado aos direitos e

74 FRACALOSSI, op. cit., 2010. p. 57.

75 LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de risco e Estado*, in, CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. (organizadores) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 198.

76 AMADO, op. cit., 2013. p. 27.

garantias fundamentais), bem como a adoção da máxima *in dubio pro ambiente*, a fim de que seja privilegiada a interpretação mais benéfica ao meio ambiente.<sup>77</sup> Na mesma perspectiva, José Afonso da Silva aduz que

[...] a proteção ao meio ambiente traduz o modo de proteção à vida, à qualidade de vida, à sobrevivência da espécie humana, que é destinatária dos direitos de terceira geração. Esse é o contexto que deve nortear a interpretação das normas constitucionais pertinentes que consubstanciam o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com sua consequência relevante para a garantia de sua eficácia e aplicabilidade, qual seja, a sua inserção no rol das matérias componentes dos limites materiais ao poder de reforma constantes do art. 60, § 4º, da CF/88.<sup>78</sup>

É claro que, em se tratando de direito fundamental, não significa que o mesmo seja absoluto, devendo ser relativizado quando em conflito com outros direitos fundamentais, com compatibilização entre ambos<sup>79</sup>, considerando os diversos interesses envolvidos e harmonizando todo o ordenamento jurídico, como bem pontua Alexandre de Moraes:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.<sup>80</sup> [grifos no original]

No entanto, ainda assim há quem entenda que, apesar de não ser absoluto, no caso do meio ambiente deve o julgador orientar-se pela prevalência do interesse público em detrimento do interesse particular, privilegiando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no caso de ponderação com outros interesses, haja vista a atual situação de calamidade em que natureza se encontra, próxima do ponto de irreversibilidade<sup>81</sup>. Orci Paulino Bretanha Teixeira entende que essa opção se justifica em face da presença de interesse público, frisando que

77 AMADO, op. cit., p. 29-32.

78 SILVA, José Afonso da. *Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente*. in MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) *Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 949-950.

79 FRACALOSSO, op. cit., 2010. p. 58-59.

80 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 28.

81 FRACALOSSO, op. cit., 2010. p. 59.

[...] na qualidade de interesse difuso, o direito ambiental autoriza a intervenção do Poder Público na ordem econômica para assegurar o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, produto da evolução do direito ao longo dos séculos. Os princípios que disciplinam a matéria levaram a estabelecer a supremacia do interesse público sobre o privado [...]<sup>82</sup>

Em síntese, a efetiva proteção do meio ambiente depende do tratamento equilibrado da atividade econômica em relação às questões ambientais, verificando-se a consonância da doutrina no sentido de que a defesa do meio ambiente deve ter como referência a pessoa humana, e não o sistema econômico, estando os princípios que regem a atividade econômica restringidos à observância dos incisos do art. 170 da CRFB.

## 2 EMBATE ENTRE O AMBIENTAL E O ECONÔMICO NO STF

### 2.1 Evolução jurisprudencial no âmbito do STF

Na vigência da Constituição anterior, assim como nas demais que a precederam, não havia preocupação com a proteção específica do meio ambiente, termo que sequer era utilizado, havendo menção apenas à proteção ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico, bem como referências esparsas a alguns de seus elementos (florestas, água etc.) ou matérias correlacionadas, como a saúde, entre outras. Nesse aspecto, grande inovação ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, que promoveu amplo destaque à defesa ambiental, contendo todos os fundamentos principiológicos para a proteção do meio ambiente, e sendo por isso frequentemente denominada “Constituição Verde”, conhecida como a legislação mais avançada do Planeta em matéria ambiental<sup>83</sup>.

A partir da consagração, na CRFB, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, houve, conseqüentemente, um aumento significativo das questões envolvendo a proteção ambiental em conflito com outros direitos constitucionalmente assegurados que são levadas ao STF. E assim, da análise da jurisprudência do STF pode-se inferir a evolução do entendimento acerca da matéria, na medida em que diferentes questões são suscitadas.

Para cumprir com o objetivo do presente trabalho de analisar casos em que há conflito entre meio ambiente e interesse econômico, inicialmente efetuou-se uma pesquisa de jurisprudência no sítio do STF<sup>84</sup>, com a utilização da expressão “meio ambiente”, resultando em

82 TEIXEIRA, op. cit., 2006. p. 139.

83 MILARÉ, op. cit., 2013. p. 167-169.

84 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

254 acórdãos e 1795 decisões monocráticas. Entretanto, examinando as referidas decisões, verificou-se que grande parte trata de assuntos alheios ao objeto do presente trabalho, como casos envolvendo direito penal, Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA e gratificações devidas aos servidores dos órgãos ambientais. Desse modo, para refinamento da busca, excluíram-se as expressões “servidor”, “gratificação” e “taxa”, o que resultou em 197 acórdãos e 1292 decisões monocráticas. Foi feita a escolha pelo exame exclusivamente dos acórdãos, especialmente em razão dos debates em Plenário, verificando-se que, dos 197 acórdãos, apenas 11 são anteriores à Constituição Federal de 1988.

A primeira decisão do STF envolvendo a temática sob a égide da nova ordem constitucional ocorreu em 09 de maio de 1991, onde, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 487/DF, o STF indeferiu a cautelar, ponderando que o interesse social na preservação do meio ambiente sobrepuja-se ao interesse privado, afastando o *periculum in mora* por este alegado.<sup>85</sup>

No que tange a decisões de mérito, o julgamento dos primeiros conflitos decorrentes das alterações promovidas pela nova Constituição ocorreu no ano de 1995, quando o STF reconheceu que o direito insculpido no art. 225 da CRFB constitui direito fundamental de terceira geração ou terceira dimensão<sup>86</sup>, assim estabelecendo no primeiro julgado: “[...] Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput)”<sup>87</sup> e, posteriormente, reforçando o entendimento:

A questão do direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado - Direito de Terceira Geração - Princípio da Solidariedade. - O direito a integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. [...] Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente

85 *EMENTA*: Ação direta baseada nos artigos 225, § 4º, e 5º, XXII, da Constituição. Sem negar a relevância da fundamentação, mas ponderado o interesse coletivo na preservação do meio ambiente, indefere-se por maioria, a cautelar, quanto ao art. 1º do Decreto nº 99.547-90, que proíbe, por prazo indeterminado, o corte e a respectiva exploração da vegetação nativa da Mata Atlântica. Cautelar indeferida, por unanimidade, quanto ao art. 2º do mesmo Decreto, que dispõe sobre o exercício da fiscalização de projetos, pelo IBAMA. (ADI 487 MC, Relator(a): *Min. OCTAVIO GALLOTTI*, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/1991).

86 RE 134297, Relator(a): *Min. CELSO DE MELLO*, Primeira Turma, julgado em 13/06/1995, DJ 22-09-1995; MS 22164, Relator(a): *Min. CELSO DE MELLO*, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995.

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134297. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000143966&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos Direitos Humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexequibilidade.<sup>88</sup>

Desde então, muitos casos têm sido levados ao STF, que, em 2005, promoveu na ADI n.º 3540-MC/DF um dos julgamentos mais emblemáticos e que tem servido de referência para todos os julgamentos posteriores, onde consolidou o entendimento da precedência do direito à preservação do meio ambiente como uma limitação constitucional explícita à atividade econômica, conforme demonstra a ementa do acórdão proferido:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE [...] - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - [...]. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano [...]. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele

88 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22164. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000023427&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. [...] A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. [...]”<sup>89</sup>

Em 2007, na ACO 876 MC-AgR<sup>90</sup>, o STF reforçou a ideia de desenvolvimento sustentável ao decidir que “[...] 4. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. [...]” e, mais recentemente, em 2009, no julgamento da ADPF 101<sup>91</sup>, o STF consolidou o imperativo de que o desenvolvimento deve respeitar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como se depreende dos excertos da ementa a seguir colacionados:

[...] ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540-MC /DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 set. 2005. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094348&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR. Relator(a): *Min. MENEZES DIREITO*. Brasília, 19 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086929&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

91 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): *Min. CÁRMEN LÚCIA*. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. [...] 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. [...] 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. [...] Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). [...]

Porém, da análise desses e de outros julgados, pode-se verificar que, quando do embate entre a defesa do meio ambiente e os interesses econômicos, a questão não se encontra, nas decisões do STF, tão alinhada à defesa do meio ambiente que foi desenhada pela CRFB, pois, em diversos casos, a solução do caso acabou por mitigar a proteção ambiental em face dos interesses econômicos em lide, conforme será demonstrado a seguir.

## **2.2 Análise crítica de decisões que envolvem conflitos entre princípios constitucionais fundadas na técnica da ponderação ou princípio da proporcionalidade**

De fato, a análise das ementas dos julgados do STF não é suficiente para demonstrar a realidade fática subjacente à aparente realização dos princípios constitucionalmente consagrados, de modo que é necessário observar, com cuidado, o conteúdo dos julgamentos, expresso nos votos dos ministros e as consequências das decisões nos respectivos casos concretos.

Outrossim, desde logo, verificou-se que nem sempre as decisões proferidas se coadunam aos princípios constitucionais que alegam proteger, muitas vezes concluindo de modo diverso à argumentação desenvolvida e, inadvertidamente, mitigando a proteção constitucional nos casos em julgamento.

Nessa linha, em que pese ter reconhecido a importância conferida pela CRFB à proteção do meio ambiente, consagrando-a como um direito fundamental, a decisão proferida no Recurso Extraordinário RE n.º 134297 não equacionou bem essa importância em face do direito individual de propriedade, e, de certa forma, o fez prevalecer sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como se pode depreender dos excertos do julgado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ESTAÇÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR - PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225, PAR.4.) - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - DIREITO DO PROPRIETÁRIO A INDENIZAÇÃO - DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR - RE NÃO CONHECIDO. [...] A norma inscrita no art. 225, par.4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5., XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente a compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal. O preceito consubstanciado no art. 225, par. 4º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. - *A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5., XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do dominus, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, par. 4º, da Constituição.* - Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, captu).<sup>92</sup> [grifo nosso]

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134297. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207731>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

Nos votos, a situação fica mais bem evidenciada<sup>93</sup>: o caso concreto se refere à indenização aos proprietários de imóvel rural atingido pela área destinada à criação de Estação Ecológica em razão da impossibilidade de exploração econômica no local, ou, em outras palavras, discute a indenizabilidade das matas que cobrem a área em questão, localizadas na Zona Costeira, tratando-se de Mata Atlântica integrante da Serra do Mar. E a decisão do STF centrou-se no direito de propriedade assegurado pela Constituição, determinando que o art. 225 deve ser interpretado em consonância com o art. 5º, XXII. Em outras palavras, o art. 225 estaria limitado pelo direito de propriedade, e não o contrário, interpretação que se revela equivocada.

Na verdade, o direito de propriedade já nasce limitado no próprio art. 5º, que determina, no XXIII, que a propriedade deverá atender a sua função social. Além disso, o art. 186, II da CRFB dispõe que a função social é cumprida quando houver adequada utilização dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, ou seja, só cumpre com a função social o imóvel que cuidar de promover a preservação do meio ambiente.

Já o art. 225, por sua vez, impõe ao poder público e aos particulares a preservação do meio ambiente, estabelecendo, no § 1º e incisos, deveres ao Poder Público para dar efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de impor, no § 3º, o dever de reparar os danos causados pelos infratores e, no § 4º, reconhecer a Zona Costeira, a Mata Atlântica e a Serra do Mar como patrimônio nacional, restringindo sua utilização, que somente pode ocorrer na forma da lei, cumprindo “condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”<sup>94</sup>.

Outrossim, resta claro que qualquer exploração econômica no local está constitucionalmente limitada e, ainda que permitida, somente seria possível com a preservação do meio ambiente e respeitando uma série de requisitos. Desta forma, evidentemente está impedido o desmatamento em tais locais. Contudo, a atividade econômica desenvolvida no caso em questão se referia à extração de madeira, além da pretensão à implantação da cultura de cacau, com remoção de parte da cobertura vegetal do imóvel, como se depreende do voto do relator<sup>95</sup>, que adotou as razões de decidir do acórdão impugnado, o qual considera que a proteção constitucional conferida às referidas matas decorre de sua utilidade

93 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134297. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000143966&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

94 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

95 Min. Celso de Mello.

traduzida em expressão econômica<sup>96</sup>. Assim, reconheceu o dever do Estado em indenizar a redução do potencial econômico decorrente de restrições voltadas à preservação do equilíbrio ambiental<sup>97</sup>, as quais resultam, antes de qualquer limitação administrativa, de uma imposição constitucional.

O que sobressai do referido julgado é a então predominância de uma visão civilista, ignorando as importantes e profundas mudanças promovidas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição de 1988. Há excessiva preocupação com a reposição de supostos prejuízos advindos da impossibilidade de plena exploração econômica, desconsiderando que esta decorre não de discricionariedade de Poder Público local, mas de um dever imposto pela Constituição ao Poder Público como um todo, com a finalidade de proteger um bem maior, consistente no meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Com efeito, em face da expressiva proteção conferida pela CRFB ao meio ambiente, resta evidente que a alegada expressão econômica da propriedade já nasce limitada, pois atribui aos proprietários, desde a origem, o dever de preservar. Em outras palavras, a positivação constitucional em 1988 do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não implica o seu surgimento, mas o reconhecimento de um direito preexistente, cuja aplicabilidade é imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da CRFB.

Afora isso, ressalta aos olhos o fato de que eventual dano ambiental no local deveria ser reparado pelos proprietários, concomitantemente com as demais consequências penais e administrativas decorrentes do ilícito, conforme consigna o art. 225, § 3º da CRFB. Ou seja, o STF acabou por determinar a indenização de mata que, se fosse derrubada, deveria o proprietário promover a reparação dos danos, em total inversão do que determina a Carta Magna. Em outros termos: ficou assegurado aos proprietários o direito de indenização pelo não cometimento de dano ambiental, o que, na verdade, é obrigação expressamente consignada na Constituição, ou seja, indenização pelo cumprimento de um dever de não fazer. Porém, em termos de direitos fundamentais, além da expressa limitação constitucional aos direitos individuais em discussão, é evidente que o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sobrepõe-se ao direito individual em razão de sua maior importância e abrangência.

Enfim, dentre inúmeros equívocos interpretativos, ainda que sem menção expressa, a decisão proferida no RE 134297 realiza

96 Idem, p. 681. Na transcrição das páginas 682 e 683, o acórdão manteve o valor da indenização anteriormente fixada porque, em razão das disposições do Código Florestal, que limitava o percentual de árvores que poderiam ser derrubadas, o lucro dos proprietários nunca seria integral.

97 Idem, p. 684-685.

verdadeira opção entre valores constitucionais (direito de propriedade, consubstanciado no potencial de exploração econômica da cobertura vegetal do imóvel, em face do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), determinando a predominância do primeiro de forma contrária ao que se infere do conjunto normativo das disposições constitucionais. E, ao não interpretar o conjunto de normas constitucionais de forma harmônica, acaba por mitigar, de modo indevido, a garantia constitucional consagrada no art. 225 da CRFB.

Entretanto, a questão teórica envolvendo conflito entre propriedade e meio ambiente restou melhor equacionada por ocasião do julgamento do MS 22.164<sup>98</sup>, onde o voto, também da relatoria do Ministro Celso de Mello, teceu importantes considerações acerca do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e suas implicações<sup>99</sup>, especialmente no que tange ao direito de propriedade e o cumprimento de sua função social, conforme se infere do seguinte trecho:

[...] O dever que constitucionalmente incumbe ao Poder Público de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental *não o impede*, contudo, *quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada*, de promover, na forma do ordenamento positivo, a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, *especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade rural* [...] consiste, *precisamente*, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente, *sob pena de*, em descumprindo esses encargos, sofrer a *desapropriação-sanção* a que se refere o art. 184 da Lei Fundamental. É certo que o Pantanal Mato-Grossense [...] constitui patrimônio nacional, devendo a sua utilização fazer-se, *na forma da lei* – consoante prescreve o art. 225, § 4º da Carta Política – dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, notadamente quanto ao uso dos recursos naturais, sob pena de descaracterização, para os efeitos já referidos, da função social da propriedade. [...] <sup>100</sup> [grifos no original]

E, mais adiante, concluiu:

[...] A defesa da integridade do meio ambiente, quando venha este a constituir objeto de atividade predatória, *pode justificar* reação estatal veiculadora de medidas – *como a desapropriação-sanção* – que atinjam o próprio direito de propriedade, pois o imóvel rural que não se ajuste, em

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22164. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

99 Idem, p. 1175-1181.

100 Idem, p. 1179-1180.

seu processo de exploração econômica, aos fins elencados no art. 186 da Constituição claramente *descumpre* o princípio da função social inerente à propriedade, *legitimando*, desse modo, *nos termos do art. 184 c/c o art. 186, II, da Carta Política*, a edição de decreto presidencial consubstanciador de declaração expropriatória para fins de reforma agrária. [...]<sup>101</sup>[grifos no original]

No mesmo sentido é a conclusão na ADI 1516-MC<sup>102</sup>, cujo voto, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, observou que:

[...] Embora não desprezíveis as alegações da inicial, concernentes a possível violação do direito de propriedade, sem prévia e justa indenização, é de se objetar, por outro lado, que a Constituição deu tratamento especial à Floresta Amazônica brasileira, assim como à Mata Atlântica, à Serra do Mar, ao Pantanal Mato-Grossense e à Zona Costeira, ao integrá-los no patrimônio nacional, aduzindo que sua utilização se fará, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. [...]<sup>103</sup>

Igualmente, na ADI 1952 MC<sup>104</sup>, o relator Ministro Moreira Alves ressalta que a reserva legal se coaduna com a função social da propriedade, sem eliminar ou ferir os princípios da livre iniciativa, não impede o desenvolvimento econômico nem viola direito adquirido. Com perspicácia, assim asseverou:

[...] a reserva legal e as limitações ao direito de propriedade em causa vigoram desde o Código Florestal de 1965, não sendo essa reserva instituto esdrúxulo nos dias atuais como pretende a autora. [...] a reserva legal não se confunde com a desapropriação indireta, não havendo esvaziamento do valor econômico da propriedade, pois a proteção à cobertura vegetal não impede a exploração dessa área nos limites autorizados pelo Código Florestal; preservar e manter o equilíbrio ecológico não significa impedir o desenvolvimento econômico-social, mas, ao contrário, essa preservação é indispensável diante do crescente esgotamento dos recursos naturais do planeta; e não há que se falar em direito adquirido no caso até porque essa reserva legal foi instituída pelo

101 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22164. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em 07 de outubro de 2013. p. 1181.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1516-MC. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 06 mar. 1997. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000109733&base=baseAcordaos>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1516-MC. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 06 mar. 1997. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347107>>. Acesso em 20 de novembro de 2013. p. 53.

104 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1952 MC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 ago. 1999. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347347>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

Código Florestal em 1965, e, a partir dessa data, as ações ou omissões contrárias a essa Lei são uso nocivo da propriedade.<sup>105</sup>

E, à guisa de conclusão, referiu que

[...] dadas as ponderáveis alegações [...] relativas ao disposto no art. 225 da Constituição no tocante ao dever do Poder Público de defender e de preservar para as gerações futuras o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e aos meios que o § 1º desse dispositivo, especialmente nos incisos III e VII, confere a esse Poder para assegurar a efetividade desse direito, bem como as considerações ali constantes no sentido de que a reserva legal – que decorre da interpretação desses meios constitucionais para a proteção ecológica, e que, portanto, não é desarrazoada nos tempos atuais – se coaduna com a função social da propriedade, sem, em consequência, eliminá-la ou ferir os princípios da livre iniciativa e da liberdade de ofício, não impede o desenvolvimento econômico, nem viola direito adquirido.<sup>106</sup>

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Moreira Alves reiterou esse entendimento, ao relatar o RE 300244<sup>107</sup>, aduzindo que

[...] A própria noção de direito de propriedade está, hoje, desenhada sob outra roupagem, em decorrência da função social da mesma. Isto se torna ainda mais grave quando a Constituição brasileira confere uma especial proteção a esta propriedade, como ocorre com a Mata Atlântica, dispondo que se trata de patrimônio nacional, cuja utilização far-se-á dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. [...] <sup>108</sup>

E assim, a jurisprudência do STF prosseguiu em desenvolvimento, a ponto de consolidar o entendimento pela precedência do direito à preservação do meio ambiente como uma limitação constitucional explícita à atividade econômica, conforme demonstrado na ementa da ADI n.º 3540-MC/DF<sup>109</sup> anteriormente transcrita. Em seu voto, o relator Ministro Celso de Mello teceu relevantes considerações acerca da proteção constitucional ao meio ambiente, referindo que

---

105 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1952 MC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 ago. 1999. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347347>>. Acesso em 20 de novembro de 2013. p. 55-57.

106 Idem, p. 59-60.

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 300244. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 20 nov. 2001. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260498>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

108 Idem, p. 1181.

109 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540-MC /DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 set. 2005. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

[...] os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>110</sup>

E, mais além, acrescentou:

O reconhecimento desse direito de titularidade coletiva, tal como se qualifica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitui, portanto, uma realidade a que não mais se mostram alheios ou insensíveis, como precedentemente enfatizado, os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais e as formulações normativas proclamadas no plano internacional [...].<sup>111</sup>

Todavia, melhor sorte não lhe assiste ao discorrer acerca das relações entre economia e meio ambiente e da aparente colisão entre esses direitos fundamentais expressos, onde, apesar de reconhecer a precedência do direito à preservação do meio ambiente como uma limitação constitucional explícita à atividade econômica, ao final adota solução contraditória a essa conclusão, na medida em que, apesar de estabelecer o princípio do desenvolvimento sustentável<sup>112</sup>, a decisão optou por manter a vigência de ato normativo que mitigava a proteção ao meio ambiente. Dito de outro modo, em que pese tenha o relator bem exposto a questão da prevalência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a opção pelo desenvolvimento sustentável, a decisão se apresenta incoerente, ao concluir pela possibilidade de regulamentação da Constituição através de medida provisória, a qual flexibilizou os critérios para supressão de vegetação, em evidente retrocesso da legislação ambiental.

110 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540-MC /DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 set. 2005. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 542-543.

111 Idem, p. 548.

112 Na ementa: [...] *A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.* - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. [...]

Nesse aspecto, pode-se inferir que o equívoco inicia-se a partir da análise do permanente estado de tensão entre os referidos direitos, propondo que a solução deva ser promovida através da ponderação de valores, como se depreende dos trechos a seguir colacionados:

[...] atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), 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, tal como formulado nas conferências internacionais (a “Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992”, p. ex.) e reconhecido em valiosos estudos doutrinários que lhe destacam o caráter eminentemente constitucional [...]. Isso significa [...] que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, “*hic et nunc*”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos [...] –, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente. Essa asserção torna certo, portanto, que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente [...] que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI) [...].<sup>113</sup>

Portanto, apesar da evolução do entendimento do STF quanto à extensão da proteção constitucional a ser conferida ao meio ambiente, persiste a preocupação quanto à metodologia utilizada para decidir ante

113 Idem, p. 565-567.

a presença de colisão entre direitos fundamentais, conforme a seguir será melhor explicitado quando do exame de outras decisões.

No caso da ACO 876 MC-AgR, especificamente, identificou-se uma das maiores contrariedades ao direito fundamental consagrado no art. 225 da CRFB. O referido dispositivo, juntamente com as Convenções Internacionais assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil<sup>114</sup>, consagrou, ainda que de forma implícita, o princípio da precaução, explicitado no Princípio 15 da Declaração do Rio (ECO/1992) e previsto expressamente no art. 1º da Lei de Biossegurança<sup>115</sup>, no § 3º do art. 54 da Lei dos Crimes Ambientais<sup>116</sup> e em resoluções do CONAMA, e tem por objetivo evitar danos ao meio ambiente, ainda que haja incerteza científica sobre sua efetiva ocorrência ou sua extensão, de modo que a dúvida milita em favor do meio ambiente. Todavia, a decisão do STF, em razão de dúvida acerca dos possíveis danos ambientais advindos da obra em questão, expressamente afastou a aplicação do princípio da precaução<sup>117</sup>, como se denota já da ementa do julgado:

Agravo regimental. Medida liminar indeferida. Ação civil originária. Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Periculum in mora não evidenciado. [...] 4. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. 5. *Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte.* Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente. [...].<sup>118</sup>  
[grifo nosso]

Sobre esse aspecto, o Ministro Carlos Ayres Britto teceu importantes considerações em seu voto divergente<sup>119</sup>, a seguir transcritas:

114 *Convenção da Diversidade Biológica e Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima.* Cf. MACHADO, op. cit., 2013. p. 101-103; 115-117.

115 Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005.

116 Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

117 Ao desprover os agravos regimentais interpostos da decisão que indeferiu a medida cautelar, requerida a fim de obstar a expedição da Licença de Instalação e início das obras sem que fossem integralmente cumpridas todas as condicionantes ambientais estipuladas quando da emissão da Licença Prévia, conforme se infere do voto do relator.

118 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Brasília, 19 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

119 Idem, p. 88-89.

Ressalto que esse artigo 225 é de núcleo semântico plurissignificativo, dos mais importantes da Constituição brasileira, pelos bens jurídicos tutelados num só dispositivo. Aí, a Constituição faz das futuras gerações uma preocupação, cuidando de interesses de quem não existe ainda – interessante isso. As futuras gerações já estão sendo objeto de proteção constitucional por via do art. 225.

A partir desse artigo é que surgem vários princípios de caráter ambiental, como o princípio da precaução e o da prevenção, que embora coloquialmente sejam palavras sinônimas, sejam coisas iguais, tecnicamente não: um, objetiva evitar riscos ao meio ambiente, com todas as medidas necessárias de prevenção; outro, que é o da precaução, traduz-se no seguinte: em caso de dúvida, se há ou não há lesão ao meio ambiente, não se faz a obra. Estanca-se ou paralisa-se a atividade. E o fato é que o governo responde às dúvidas surgidas quanto à saúde do Rio São Francisco e até a sua sobrevivência depois desse projeto, dizendo que não desconhece que o Rio se encontra doente, debilitado, esquelético, assoreado, poluído. Mas as obras de revitalização estão sendo feitas simultaneamente com as obras de transposição, é o que alegam as autoridades públicas. Mas os ambientalistas retrucam que o certo seria cuidar da revitalização e somente depois discutir a viabilidade da transposição.

Se formos aplicar o princípio da precaução a essa polêmica, diríamos que as obras têm que ser paralisadas pelo seguinte: se o Rio está doente, não se pode exigir que um doente seja doador de sangue. Entre num processo de transfusão sanguínea para doar. A Constituição, aqui, não está sendo observada na condução dessa obra ciclópica, enorme, de interesse de tantos Estados da Federação.

Através do exame da argumentação expendida, a qual foi seguida pelo Ministro Cezar Peluso, que em seu voto<sup>120</sup>, também divergente, demonstrou preocupação com eventual impossibilidade de restauração do *status quo*, sugerindo a resolução *pro humanitate* da questão, traduzida em evitar a privação do meio ambiente, infere-se que o entendimento do STF ainda não está consolidado quanto ao verdadeiro alcance das garantias constitucionais referentes ao meio ambiente.

As discrepâncias de opinião entre os ministros e os riscos inerentes às decisões a serem proferidas ficam ainda mais evidentes quando são aventadas a colisão de princípios e a necessidade de sopesamento ou balanceamento para solução: o tema é novamente suscitado no voto do Ministro Gilmar Mendes<sup>121</sup>, que, acompanhando o relator, entendeu que todas as opções envolvem riscos, afastando a aplicação do princípio

120 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Brasília, 19 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 99-100.

121 Idem, p. 106; 109-114.

da precaução, e que, por estarem envolvidos múltiplos princípios, e não apenas meio ambiente e interesse público na realização das obras, o caso consistiria em uma colisão complexa, na linha das lições de Robert Alexy.

No entanto, pode-se afirmar que a argumentação ali expendida acaba por revelar justamente os riscos existentes na ponderação entre princípios, ao invés de buscar a máxima efetivação da Constituição em sua integridade, pois a opção por um dos aspectos envolvidos, em detrimento dos demais, pode redundar na inviabilização de todos os direitos em jogo. Melhor esclarecendo, a opção pela não aplicação do princípio da precaução pode trazer como consequência justamente dano irreversível, impossibilitando o devido atendimento ao interesse público existente na realização das obras e no desenvolvimento regional, ao passo que, na hipótese de concretização da precaução, restam estes assegurados, reservados a um momento posterior.

E outro aspecto importante foi bem ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto divergente<sup>122</sup>, ao relacionar o princípio da precaução com a cautelaridade inerente ao julgamento de medida cautelar, cujo objetivo é assegurar a eficácia futura da decisão a ser tomada. Asseverou que o STF é um Tribunal compromissado com princípios, e não a políticas governamentais circunstanciais, e decidiu, segundo informa, sopesando valores em prol do meio ambiente, que considera um bem maior, relativo à humanidade.

Já por ocasião do julgamento da ADI 3378/DF<sup>123</sup>, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, salientou a elevada proteção constitucional ao meio ambiente, erigido como princípio da ordem econômica, e afirmou inexistir ofensa à razoabilidade na imposição de medidas preventivas e compensação ambiental ao empreendedor, aduzindo:

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 da 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.<sup>124</sup>

122 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-Agr. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Brasília, 19 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 116-119.

123 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3378. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Brasília, 09 abr. 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534983>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

124 Idem, p. 252.

Por fim, na ADPF 101<sup>125</sup>, o STF afirmou a adoção do desenvolvimento sustentável como meta estabelecida pela Carta Magna e, dentre os preceitos fundamentais envolvidos, expressamente optou por aqueles voltados à proteção da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, mencionando na ementa o uso da ponderação como fundamento da decisão, como se infere dos seguintes trechos:

[...] 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. [...] 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. [...] Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). [...] <sup>126</sup>

No extenso voto<sup>127</sup> a relatora, Ministra Carmen Lúcia, pormenorizadamente analisa os preceitos constitucionais tidos por descumpridos pelas decisões judiciais impugnadas, consistentes no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>128</sup>, bem como o desenvolvimento econômico sustentável, e demais aspectos fáticos a eles inerentes, tecendo profundas considerações doutrinárias.

Dentre as suas conclusões, destaca-se, pela menção à interpretação harmônica dos princípios constitucionais da ordem econômica e da

125 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

126 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

127 Idem, p. 16-125.

128 Idem, p. 89-99.

preservação do meio ambiente e à integridade do sistema constitucional, o seguinte trecho:

As medidas impostas nas normas brasileiras, que se alega terem sido descumpridas nas decisões judiciais anotadas no caso em pauta, atendem, rigorosamente, ao princípio da precaução, que a Constituição cuidou de acolher e cumpre a todos o dever de obedecer. E não desacata ou desatende os demais princípios constitucionais da ordem econômica, antes com eles se harmoniza e se entende, porque em sua integridade é que se conforma aquele sistema constitucional.<sup>129</sup>

Contudo, contraditoriamente, em outro ponto<sup>130</sup> trouxe à tona o argumento da ponderação entre os valores em disputa, no sentido de opção por uns em detrimento de outros:

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

Desde já, ressalta-se que essa não parece ser a melhor opção quando da busca pela máxima efetividade da Constituição, na medida em que promove sua aplicação em partes, desconsiderando-se outras normas por ela instituídas, em vez de tentar harmonizar a totalidade de suas disposições. Mas assim concluiu a relatora<sup>131</sup>:

Assim, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil.

Importa destacar, aqui, o voto do Ministro Eros Grau<sup>132</sup>, que, apesar de acompanhar o voto da relatora, o fez sob fundamento diverso, recusando a utilização da ponderação entre princípios para a decisão do caso:

129 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 99.

130 Idem, p. 118.

131 Idem, p. 123.

132 Idem, p. 208-216.

Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra a fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos. Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas *premissas implícitas*. [grifos no original]

E prosseguiu, com maestria, promovendo severa crítica à ponderação e à discricionariedade com que essa opera a interpretação do direito, conduzindo à insegurança jurídica, como demonstram os trechos a seguir colacionados:

[...] a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao âmbito dos *juízos de legalidade*. [...]

O juiz, para estabelecer essa hierarquia, não determina o “valor” dos princípios em abstrato, de uma vez por todas, não determina uma relação fixa e permanente entre eles. Daí que o conflito não é resolvido definitivamente: cada solução vale para uma só controvérsia particular, já que não se pode prever a solução do mesmo conflito no quadro de diversas controvérsias futuras.

Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma *dupla discricionariedade*: [i] em um momento inicial, quando ele cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; [ii] em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver.

Note-se bem que a ponderação não consiste em atribuir-se significados aos textos dos dois princípios de que se cuide [= interpretação desses textos], mas em formular-se um juízo de valor comparativo entre eles, seguido da opção por um ou outro. Há aqui, digo eu, inicialmente um *juízo não de legalidade*; no instante seguinte, uma *opção subjetiva* entre *indiferentes jurídicos*. [...]

Que se trata aí de *discricionariedade*, isso é dito nas afirmações de que a colisão entre princípios transcorre fora da *dimensão da validade*, vale dizer, na *dimensão do valor* --- observação de ALEXY --- e de que o juiz, ao ponderá-los, toma os princípios *não como norma jurídica*, porém como valores, *preferências intersubjetivamente compartilhadas*, na dicção de HABERMAS.

Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isto, que *princípios de direito* não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia como *norma jurídica*. Curiosamente, os princípios são *normas*, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como *valores*. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam *normas jurídicas*, não são *normas jurídicas...* [...]

O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a *incerteza jurídica* aportada ao sistema pela *ponderação entre princípios*. É bem verdade que a *certeza jurídica* é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto --- o que excluiria a discricionariedade judicial --- instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece. [...]

[grifos no original]

Por sua vez, utilizando-se da ponderação, o Ministro Joaquim Barbosa<sup>133</sup> observou que

Qualquer espécie de ponderação de princípios não pode resultar em consequência perniciosa severamente maior do que o evento lesivo que se está a controlar. Garantias individuais não justificam pura e simplesmente o aniquilamento do interesse coletivo, e o interesse coletivo não pode sacrificar completamente as garantias individuais. [...] entendo que o risco de danos ao meio ambiente, aparentemente justificado, deve prevalecer sobre o interesse econômico, que pode ser compensado de outras formas.

E o Ministro Carlos Ayres Britto<sup>134</sup> efetuou as seguintes considerações:

[...] a Constituição brasileira, que abriu um capítulo próprio para o meio ambiente, não é constituída de palavras ocas, de palavras vazias. A proteção do meio ambiente como bem de uso comum do povo e direito de todos se inscreve imediatamente num contexto de preservação da saúde pública, de uma vida saudável, daí por que está dito no art. 225,

133 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 222.

134 Idem, p. 224-226.

literalmente, que “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]*”. Ou seja, uma vida caracterizada pela salubridade, pela higiene; uma vida saudável. O que é sadio, evidentemente, é o que é bom para a saúde. E a Constituição diz mais: “[...] *impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo*” – ou seja, de defender o meio ambiente – “*e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. [...] No voto da eminente Relatora, também enxerguei o seguinte: ali, onde a ciência não assegura a preservação, ou não assegura a falta, a carência de lesividade ao meio ambiente, a precaução se impõe. E quando a precaução se impõe, vale dizer, se há dúvida, interrompe-se a atividade potencialmente lesiva, a empreitada humana, seja ela de caráter privado, seja de caráter público.

Há princípios constitucionais em jogo e o fato é que determinados princípios, como esse da precaução, têm um conteúdo mínimo significativo para acima de qualquer dúvida razoável, um conteúdo mínimo de logo aplicável. E aplicar esses mínimos dos princípios é reconhecer a eles o que Konrad Hesse chama de força ativa. Os princípios são normas também, não apenas os preceitos. Claro que eles têm um certo conteúdo histórico-cultural e carregam na sua interpretação elementos de subjetividade, mas vamos chamar de “subjetiva mínima” [...] [grifos no original]

A Ministra Ellen Gracie, ao proferir seu voto<sup>135</sup>, fez referência aos votos que proferiu na STA-AgR n.º 118 e na STA-AgR n.º 171, de onde importa destacar o seguinte<sup>136</sup>:

Tudo porque o exercício da atividade empresarial, tendo o lucro como sua finalidade legítima e amparado pelo ordenamento jurídico, deve ser compatível com os demais princípios constitucionais, notadamente com os fundamentos inscritos no art. 170 da Constituição Federal, com especial ênfase para a proteção à saúde e ao meio ambiente.

Esta Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI 3.540-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006, reafirmou que a preservação do meio ambiente goza de regime de proteção especial, decorrente de sua própria expressão constitucional, enquanto direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes trouxe em seu voto<sup>137</sup> relevantes considerações sobre a complexidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, como as a seguir transcritas:

135 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 227-237.

136 Idem, p. 230.

137 Idem, p. 242-275.

O contexto da referida discussão evidencia a complexidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que são, num só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. [...] De outro lado, aponta-se uma dupla fundamentação. Em primeiro lugar, destacam-se direitos fundamentais, na condição de prestações positivas, para a execução de medidas que garantam a saúde pública (art. 196) e que exigem que o Estado aja, estabelecendo moldes para o futuro da sociedade e para a redução dos riscos de doenças e de outros agravos, mediante políticas sociais e econômicas. Nesse sentido, trata-se não de uma liberdade em face do Estado, mas de desfrutar essa liberdade mediante a atuação do Estado (*Freiheit durch...*). Invoca-se, ainda, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para a consecução de uma sadia qualidade de vida, que se concretiza a partir de um dever de proteção incumbido tanto à coletividade, quanto ao Poder Público. O meio ambiente, na condição de um bem ou valor constitucionalmente relevante, é assegurado de forma expressa no artigo 225 da Constituição. [...] [a questão afeta] de forma difusa e irrestrita toda a sociedade, seja em relação à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e de uma sadia qualidade de vida, seja em relação à definição de uma política externa comercial brasileira pautada em normas jurídicas eficazes. [...]

E prosseguiu discorrendo sobre a interpretação dos direitos fundamentais em discussão e as restrições impostas pelo próprio texto constitucional:

É certo que a referida controvérsia envolve a interpretação das determinações constitucionais relacionadas à preservação do meio ambiente, à saúde pública e à liberdade de iniciativa e de livre comércio. A simples leitura dos dispositivos constitucionais destacados já demonstra a necessidade de sua consideração. [...]

Nesses termos, apreende-se que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um cofator ou dimensão que potencializa a fruição do direito à saúde e a execução de políticas públicas sanitárias. A efetividade de um direito é dependente, em certa medida, da efetividade do outro direito.

Além disso, a interpretação do artigo 170 da Constituição evidencia que o direito fundamental à livre iniciativa e ao livre comércio não é absoluto, mas deve guardar compatibilidade com a defesa do meio ambiente. [...] Em relação à garantia de liberdade de livre iniciativa e livre comércio, o texto constitucional impõe, diretamente, na própria definição dos princípios da ordem econômica, um limite expresso de defesa do meio ambiente ao exercício daquela liberdade. Ressalte-se que a Emenda Constitucional n.º 42/2003 buscou explicitar melhor a questão, ao dar

nova redação ao inciso VI do artigo 170, que passou a ter o seguinte teor: “*defesa do meio ambiente, inclusive, mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.*”

Também o parágrafo único do artigo 170 da Constituição aponta para a possibilidade de restrições legais ao livre exercício de qualquer atividade econômica.

Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais, respaldado em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais preveem diferentes modalidades de limitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural.

Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a explicitação de um limite constitucionalmente expresso ao exercício do direito individual assegurado de livre iniciativa e livre comércio. Segundo o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo de determinados direitos. [grifos no original]

Por fim, relativamente ao regime constitucional de proteção especial ao meio ambiente, anotou que

Nesse sentido, Canotilho assevera a configuração contemporânea de um *Estado Constitucional Ecológico e de Democracia Sustentada*, que explicita horizontes de releitura e competição de perspectivas individualistas, publicistas, associativas e globalistas de consideração do meio ambiente de forma concorrente e aponta para uma percepção integrativa do ambiente e para um agir integrativo da administração [...]. A Constituição da República Portuguesa, por exemplo, dispõe em seu artigo 66 sobre o meio ambiente, de forma semelhante ao artigo 225 da Constituição Brasileira, ao impor tarefas à coletividade e ao Poder Público para a efetividade daquele direito, inclusive para prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos. Ao analisar o referido artigo, Canotilho afirma que “*a defesa do ambiente pode justificar restrições a outros direitos constitucionalmente protegidos. Assim, por exemplo, a liberdade de livre iniciativa econômica (art. 61) tem no direito ao ambiente um factor de numerosas restrições (localização de estabelecimentos, proibição ou limitação de efluentes e gases, requisitos quanto à composição de produtos, limitações ao uso da terra, etc.)*.” [...]

O artigo 225 da Constituição, ao impor à coletividade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras

gerações, apresenta um dever geral de prevenção dos riscos ambientais, na condição de uma ordem normativa objetiva de antecipação de futuros danos ambientais, que são apreendidos juridicamente pelos princípios da prevenção (riscos concretos) e da precaução (riscos abstratos). [...] a preservação do meio ambiente encontra um regime de proteção especial na Constituição, decorrente da própria relevância do bem jurídico protegido, consagrado no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e que deve ser harmonizado com os princípios da ordem econômica.

Enfim, independentemente do resultado a que o STF chegou nos julgamentos acima analisados, aqui se buscou demonstrar a inadequação da utilização da ponderação entre princípios em decisões cujo objetivo é promover a maior efetividade possível às normas constitucionais, o que pressupõe, na verdade, uma interpretação harmônica dos dispositivos expressos na CRFB, como adiante será melhor demonstrado.

### **3 A APARENTE COLISÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA PROPOSTA PARA A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL**

#### **3.1 Considerações introdutórias**

A partir da invenção da Constituição escrita (surgida com o paradigma do Estado de Direito) é que se possibilitou a junção entre Direito e Política: eles não se confundem, mas um necessita dos préstimos do outro, regulados pela Constituição formal, que estabelece os direitos fundamentais e a organização política. Assim, o Direito regula comportamentos com o auxílio da política (Estado), que lhe confere efetividade, e o Estado atua legitimado pelo Direito, possibilitando a existência das democracias pluralistas, que pressupõem a coexistência complementar das autonomias pública e privada, do bem comum e das liberdades individuais: a democracia pressupõe a convivência e a permanente tensão entre as diferenças.<sup>138</sup>

Outrossim, a democracia, como fonte de legitimação da Constituição, requer limites constitucionais no sentido de tornar possível a existência da democracia, estabelecendo (garantindo) os direitos políticos e a forma de exercê-los, assegurando, assim, a soberania popular.<sup>139</sup> Nesse aspecto, os limites constitucionais, ao regular a coexistência de diferentes direitos, de diferentes dimensões, limitando o exercício dos direitos em razão dos

138 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 09. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

139 *Ibidem*, p. 09-19.

direitos alheios etc., configuram, na verdade, uma garantia à existência da própria democracia. E o constitucionalismo atual, na medida em que consagradas, através dos tempos, inúmeras gerações ou dimensões de direitos fundamentais, em especial reconhecida a igualdade de todos os seres humanos, requer a democracia, pois esta se afigura como o único regime possível, na medida em que reconhece e assegura essa igualdade de todos na tomada das escolhas políticas, ao contrário dos regimes ditatoriais.

Em outros termos, parece haver, na atualidade, certa contradição entre a formação democrática da vontade e os limites a ela impostos pelos direitos fundamentais positivados, e a necessidade do debate democrático para conferir justiça às normas constitucionais. Entretanto, Habermas defende a co-originariedade da democracia e do Estado de Direito (um não existe sem o outro) através da teoria do discurso<sup>140</sup>. Destarte, o Direito deve ser legítimo, ou seja, constituído obedecendo aos procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade popular, que justificam a presunção de aceitação racional dos seus resultados, compreendendo e conciliando as autonomias pública e privada.

O que o autor propõe, ainda, é que uma constituição efetivamente democrática (tanto quanto ao seu conteúdo quanto à sua legitimação) cria mecanismos de permanente atualização de seu conteúdo, em um sistema de compreensão dinâmica deste, de modo a permanentemente reescrever seu sistema de direitos, adaptando-os às atuais circunstâncias. Em outras palavras, um processo democrático continuado e legalmente condicionado, atualizando o conteúdo normativo dos direitos consagrados na constituição aos novos paradigmas<sup>141</sup>.

Nesse aspecto, a sucessão de paradigmas constitucionais e a consagração de inúmeros novos direitos fundamentais operaram, na segunda metade do séc. XX, mudanças na atividade interpretativa e na estrutura do próprio ordenamento jurídico, que passou a contar com estrutura principiológica em razão das normas universalistas positivadas enquanto direitos fundamentais.

De fato, a consagração de novos direitos opera modificações na sua compreensão, na medida em que os preexistentes passam a ser vistos com novos olhos, mas mais do que mera ampliação da tábua de direitos, ocorrem verdadeiras alterações paradigmáticas com a redefinição de antigos conceitos, alterando a visão de mundo e do constitucionalismo. Isso tem se dado com os direitos fundamentais, cujos significados têm

140 HABERMAS, Jürgen. Texto complementar: *O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* in Era das Transições. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 152-173. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

141 Ibidem, p. 164-165.

sofrido alterações através dos tempos, em constante adequação face aos novos direitos que são integrados ao ordenamento jurídico. Como observa Ingo Sarlet,

Não há como olvidar, nesse contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância essa indispensável para que determinada posição jurídica possa ser identificada como fundamental.<sup>142</sup>

Na mesma linha, complementa Tiago Fensterseifer que

O caráter histórico-relativo dos direitos fundamentais, compreendidos no presente estudo como os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno dos Estados nacionais por meio da sua “constitucionalização”, permite a constatação de que a sociedade modifica e incorpora novos valores na medida em que as demandas históricas a impulsionam para novos caminhos e necessidades, objetivando sempre a plena realização de uma vida digna e saudável para todos os seus membros.<sup>143</sup>

Além disso, a garantia constitucional de uma pluralidade de direitos, muitas vezes contraditórios, implica, frequentemente, dificuldades na interpretação e na compreensão de sua exata dimensão, e inclusive na efetivação desses direitos, conciliando suas dimensões pública e privada, e requerendo a relativização de alguns aspectos desses direitos, a fim de garantir a sua coexistência.

É nesse contexto que passa a ser reconhecido o caráter normativo dos princípios jurídicos, os quais, apesar de seu caráter geral e abstrato, exigem do intérprete densificação (em especial quanto à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados ao Direito) e podem, inclusive, afastar a aplicação de regras<sup>144</sup>. Tudo isso, demonstrando a dimensão vivencial e pragmática dos princípios, com clara natureza social, histórica e intramundana, aliado ao reconhecimento da insuficiência e da precariedade do sistema de regras, tem legado aos princípios um papel de crescente destaque no constitucionalismo a partir de então.

Com efeito, da mesma forma que o Estado de Direito teve como marco a positivação dos direitos (período em que a foi concebida a ideia

142 SARLET, op. cit., 2007. p. 108.

143 FENSTERSEIFER, op. cit., 2008. p. 143.

144 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 59.

de Constituição como um documento escrito), a mudança de paradigma promovida no Estado Democrático de Direito busca a superação do positivismo e do Direito em seu aspecto estritamente formal, instituindo uma visão mais preocupada com a dimensão axiológica e com a noção de justiça, em que os valores assumem papel relevante. Diante da complexidade da vida na sociedade moderna, rica em situações não amparadas por regras, em que é frequente o reconhecimento de número crescente de direitos e a necessidade de sua convivência, não raro em conflito (problemas não solucionados pelas teorias positivistas), os princípios têm assumido papel central no constitucionalismo, instituindo uma visão mais voltada à ideia de justiça.

Busca-se superar as limitações do positivismo (necessidade de estrita correspondência entre direito e norma escrita), na tentativa de solucionar questões deixadas sem resposta, o que exige a ampliação dos horizontes interpretativos, tendo a doutrina trilhado o chamado neopositivismo ou pós-positivismo, linha doutrinária que visa ao aperfeiçoamento e complementação das teorias positivistas, focando especialmente no reconhecimento da força normativa dos princípios, reconhecidos como normas jurídicas tal como as regras, e na atribuição de importância aos valores na criação, interpretação e aplicação do Direito. Como observa Bonavides, “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”<sup>145</sup>, e prossegue:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.<sup>146</sup>

Nessa linha, Ronald Dworkin procura demonstrar a importância de oferecer, à atividade interpretativa do direito positivado, a maior variedade possível de elementos para esclarecer o caso concreto, ressaltando que os princípios possibilitam a melhor interpretação do direito positivo, de modo que os elementos filosóficos, políticos, históricos e psicológicos não podem ser deixados à margem da elaboração e da interpretação do Direito, especialmente em razão da necessidade do debate democrático para conferir justiça às normas constitucionais, como se infere do seguinte excerto:

<sup>145</sup> BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 264.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 265.

O modelo distingue entre o direito positivo – o direito nos livros, o direito apresentado nas declarações evidentes das leis e das decisões passadas das cortes – e o direito como um todo, que aceita a estrutura dos princípios da moralidade política, tomados em conjunto como a melhor interpretação do direito positivo. O modelo insiste numa certa compreensão da ideia de interpretação: um conjunto de princípios possibilita a melhor interpretação do direito positivo se ele provê a melhor justificação disponível para as decisões políticas que o direito positivo anuncia. Em outras palavras, o modelo possibilita a melhor interpretação caso mostre o direito positivo na melhor luz possível.<sup>147</sup>

A diferença entre princípios e regras é essencial para compreensão e solução em caso de conflito de normas, sejam elas regras ou princípios. Nesse aspecto, Dworkin estabelece precisa distinção:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que seguem automaticamente quando as condições são dadas. [...]<sup>148</sup>

A partir do pós-positivismo, além do reconhecimento da força normativa dos princípios, foram eles alçados a uma posição privilegiada no ordenamento jurídico<sup>149</sup>, servindo como importante critério de decisão, sobretudo na solução de casos difíceis, como leciona Bonavides<sup>150</sup>:

Postos [os princípios] no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde a sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional,

147 DWORKIN, Ronald. Texto complementar: *As ambições do direito para si próprio*. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. 1985. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 4. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

148 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. pp. 39-40.

149 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 527; NOVELINO, op. cit., 2013. p. 118-119; MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11; 247.

150 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 288-292.

rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

Dworkin afirma a necessidade de tratar os princípios como direito, reconhecendo que tanto uma regra positivada quanto uma constelação de princípios podem impor uma obrigação legal. Portanto, os princípios, embora não estabeleçam comandos normativos com consequências automáticas em caso de descumprimento, funcionam como vetores, prescrevendo determinações a serem cumpridas na medida do possível, indicando uma linha a ser seguida, orientando o ato de decidir. Já para Robert Alexy, os princípios estabelecem “mandamentos de otimização”, denotando a crescente importância assumida pelos mesmos, norteando a interpretação jurídico-constitucional em especial através da chamada ponderação ou balanceamento de valores ou interesses<sup>151</sup>, e indicando aqueles que devem prevalecer em cada caso concreto.

### 3.2 Colisão de princípios. Ponderação de valores e integridade do Direito

Como anteriormente mencionado, as teorias positivistas concebiam o ordenamento jurídico como um sistema de regras, restando hoje incontroversa, entretanto, a inviabilidade da regulação de todas as condutas possíveis através de normas abstratas ou, em outras palavras, a impossibilidade de elaboração de regras tão completas e complexas que abranjam todas as situações hipotéticas passíveis de ocorrer na vida real. Como solução para as lacunas legais, sugeriam a utilização do método chamado “decisionismo”, ou seja, o juiz, com base na discricionariedade, preenche as lacunas legais com suas decisões<sup>152</sup>, tidas como autênticas e impositivas, sob a afirmação de tratar-se de “um direito preexistente, revelado pelo juiz” e assim manter intacta a segurança jurídica.<sup>153</sup> Porém, uma das críticas de Dworkin é de que nessa hipótese uma nova regra estaria sendo criada, de forma retroativa (ferindo a segurança jurídica), de modo que o perdedor restaria punido por um dever inexistente previamente, criado pelo juiz após o fato.<sup>154</sup>

A distinção entre as leituras axiológica e deontológica da constituição situa-se na definição da natureza dos princípios constitucionais. Alexy, principal expoente da teoria axiológica<sup>155</sup>, defende que os princípios fundamentais são, na verdade, valores morais,

151 CARVALHO, op. cit., 2007. p. 523.

152 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. V I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 251.

153 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 127.

154 Ibidem, p. 132.

155 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 115-116.

não dotados de força normativa. Para ele, a ponderação de valores a ser efetuada em um caso concreto onde há uma lacuna legal deverá ser feita de acordo com valores morais, que devem ser escalonados entre os de maior e os de menor importância. A sua teoria é criticada por ser incapaz de lidar com o pluralismo, ou seja, com a circunstância de que as sociedades contemporâneas não se estruturam em torno de valores éticos compartilhados intersubjetivamente por todos os cidadãos.

Como alternativa a esse modelo, a teoria deontológica, capitaneada por Dworkin, distingue princípios e valores morais, pois os princípios são normas jurídicas. Para essa teoria, a premissa central é a possibilidade de legitimação do direito a partir de princípios baseados em critérios aceitáveis por todos os cidadãos<sup>156</sup>, tornando-o capaz de lidar com a pluralidade de concepções presentes nas sociedades contemporâneas.

Alexy faz uma leitura diversa da distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin, entendendo-a inerente à estrutura das normas jurídicas: regras são normas cogentes e determinantes de conduta (cuja observância é obrigatória), enquanto princípios são comandos de otimização (a serem realizados na maior medida possível).<sup>157</sup> Tanto regras quanto princípios são classificados como normas jurídicas, mas as regras precedem os princípios na tarefa de aplicação: os princípios, por serem meramente orientadores, têm sua aplicação prática condicionada à existência de regras que possibilitem a sua imposição, e assim as noções de lacuna e discricionariedade, características das concepções positivistas, também persistem em sua teoria, dando continuidade a esses elementos típicos do positivismo normativo e filosófico<sup>158</sup>. A aplicação dos princípios é tratada da mesma forma que a legislação, uma mera atividade de balanceamento ou sopesamento de valores concorrentes, sujeitos a metodologia (a um método racional capaz de garantir a correção das decisões jurídicas) e hierarquização.

Alexy trabalha a questão dos princípios em abstrato, estabelecendo entre eles uma relação de prevalência entre si: “A solução para essa colisão [de princípios] consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”.<sup>159</sup> Assim, quando no caso concreto houver mais de um princípio aplicável, embora conflitantes, a decisão judicial ideal deve aplicá-los proporcionalmente, buscando a máxima satisfação de todos os princípios, prevalecendo (aplicando em maior proporção) o

156 SCOTTI, Guilherme. Texto-base 2: *Teorias Jurídicas Positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 07-09 (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

157 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90.

158 SCOTTI, Texto-base 2, op. cit., p. 14.

159 ALEXY, op. cit., 2012. p. 96.

de maior importância. Dessa forma, em sua teoria, as regras seriam aplicadas mediante a técnica da subsunção dos fatos à norma (que esgota em si mesma todas as possibilidades de sua aplicação, não admitindo interpretação) e os princípios pela ponderação de valores, através do método da proporcionalidade.

O método da proporcionalidade, por Alexy conceituado de máxima da proporcionalidade, subdivide-se em três submáximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito).<sup>160</sup> Portanto, proporcionalidade, na sua doutrina, assim considerada como proporcionalidade em sentido amplo, exige que todos os órgãos, entidades e agentes públicos, no desempenho de suas atividades, adotem meios adequados, necessários e proporcionais aos fins a serem atingidos. Em outros termos, exige uma tarefa de análise aprofundada, considerando todas as implicações possíveis, a serem fundamentadamente demonstradas nas três etapas que a compõem, iniciando pela adequação ou utilidade, através da qual deve ser demonstrado que as medidas adotadas sejam aptas a atingir os fins buscados; após, a etapa da necessidade ou exigibilidade, na qual o meio escolhido deve ser o menos gravoso ou que menos restrições gerem aos direitos fundamentais em jogo; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, analisando a proporção ou equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados, em que as vantagens que a escolha realizada proporciona devem ser superiores às desvantagens que igualmente causar (aqui, segundo Alexy, se daria a proporcionalidade propriamente dita). Segundo ele, “[...] o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes”.<sup>161</sup>

A lei de colisão é formulada por Alexy nos seguintes termos: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.<sup>162</sup> Porém, convém aqui mencionar as críticas no sentido de que a ponderação de valores acaba por gerar decisões judiciais em que os valores escolhidos revelam, na verdade, as preferências morais dos julgadores<sup>163</sup>, de modo que seria necessário, a fim de evitar a insegurança do Direito, a existência de uma

160 ALEXY, op. cit., 2012. p. 116-120.

161 Ibidem, p. 165.

162 Ibidem, p. 99.

163 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 401, 444; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 341.

hierarquia absoluta entre os valores a serem aplicados<sup>164</sup>, com escala fixa impondo ao julgador decidir conforme a ordem determinada. Todavia, é forçoso reconhecer que essa escala de valores pressupõe a prevalência de uma ideologia sobre as outras.

Nesse sentido, Alexy, no posfácio de sua obra, em resposta a críticas recebidas, procura esclarecer melhor a sua metodologia<sup>165</sup>, aduzindo que

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento. A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.<sup>166</sup>

Alexy alega que os direitos são criados pelas regras, e não através dos discursos direcionados à solução de conflitos. Para ele, a subsunção se resume em sujeitar o fato à regra correspondente, a qual não depende de ponderação por regular sua própria aplicação, sem necessidade de interpretação, sendo imune à argumentação jurídica, e dessa forma confere segurança jurídica à decisão judicial. E assim, com base em sua teoria, o foco estaria no processo legislativo, tendo em vista que os direitos somente podem ser extraídos de regras jurídicas, que previssem todas as hipóteses de sua aplicação: sem a subsunção não há direitos, mas apenas valores, que só se tornam exigíveis após serem oficializados em regras, o que traduz a preferência de parte da sociedade e a referência moral a ser seguida. Então,

Considerando que um bom critério decisório deve ser capaz de resolver também casos posteriores, a '*regra de precedência condicionada*' que resulta da ponderação de determinados princípios sobre certas circunstâncias fáticas, deve ser *universalizável* a ponto de servir como norma de solução para os casos futuros em que estejam presentes as mesmas circunstâncias essenciais. Isso não significa que o intérprete ficará

164 AZEVEDO, Damião Alves de. Texto complementar: *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 10-11. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

165 ALEXY, op. cit., 2012. p. 587-611.

166 Ibidem, p. 593-594.

definitivamente vinculado a esta regra, mas apenas que lhe incumbe o ônus argumentativo para superá-la.<sup>167</sup>

Alexy refuta a teoria de Dworkin, afirmando que a tese da única resposta correta somente seria sustentável por uma teoria dos princípios que determinasse, *a priori*, todas as possibilidades de relação entre normas para todas as possibilidades de situações de aplicação, prevendo a decisão para cada caso. Além disso, em seu entendimento, para a existência de uma única resposta correta seria imprescindível o consenso.<sup>168</sup> Porém, o equívoco de Alexy está em condicionar a única resposta correta à necessidade de consenso, quando na verdade o que exige é uma postura hermenêutica diante do caso concreto, dos princípios jurídicos de todo o ordenamento jurídico e da história institucional, pois o próprio Dworkin deixou clara a possibilidade de respostas diferentes.<sup>169</sup>

Dworkin, ao contrário de Alexy, não pretende estabelecer um método racional para definir a decisão correta, propondo uma postura a ser assumida pelo julgador<sup>170</sup>, baseada na ideia de integridade do direito, segundo a qual os princípios jurídicos não podem ser vistos como conflitantes, mas coordenados dentro de um sistema jurídico<sup>171</sup>. A teoria da única resposta correta pressupõe, assim, a capacidade de o julgador expressar o significado do direito em sua integridade, e não apenas o significado e alcance de algumas normas isoladamente, pois seu significado deve ser coerente com os princípios traduzidos pelo ordenamento jurídico como um todo, de forma a garantir a sua unidade.

Em outros termos, Dworkin<sup>172</sup> aponta como melhor solução não um método ou sistema de decisão, mas uma postura a ser adotada pelo julgador na análise do caso concreto não-regulamentado, baseando-se em princípios jurídicos, e fundando suas decisões em *argumentos de princípio*, ou seja, em razão do respeito ao direito de um indivíduo ou de um grupo, e não em *argumentos de política* (proteção a objetivos e bens coletivos de uma comunidade), que justificam as decisões do legislativo e não podem ser adotadas pelos julgadores, que não são legisladores delegados como pretendem os positivistas, até porque os juízes não são eleitos e não prestam contas ao eleitorado.<sup>173</sup> Acerca da distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, Dworkin esclarece ainda que a justificação de um programa legislativo de alguma complexidade normalmente exigirá ambos os tipos de argumento, ao passo que defende que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, devem ser geradas por princípios, e não por políticas.<sup>174</sup>

167 NOVELINO, op. cit., 2013. p. 134.

168 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p.117.

169 DWORKIN, op. cit., 2010. p.127-128.

170 Ibidem, p. 127.

171 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 56; 61.

172 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 128-32.

173 Ibidem, p. 129.

174 Ibidem, p. 130 e 132.

Semelhante é a teoria desenvolvida por Habermas (citando a distinção de Klaus Günther)<sup>175</sup>: nos processos legislativos, os legisladores fundamentam as leis com base em um processo democrático: discursos de fundamentação ou justificação. Já nos discursos jurídicos de aplicação, ocorre a decisão, no caso concreto, pela norma adequada, dentre aquelas tidas como válidas. Naqueles há apenas participantes, e não partes, enquanto que nestes últimos a justiça recorre aos aparelhos de repressão do Estado para impor suas decisões às partes, razão pela qual Habermas justifica a necessidade de que a justiça seja separada da legislação e impedida de uma autoprogramação. Cattoni de Oliveira esclarece os referidos conceitos:

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]. Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade, sempre pressupondo um ‘pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas’.<sup>176</sup>

De resto, a par da questão da legitimidade, é um problema entender as normas jurídico-constitucionais como valores, e isso por várias razões, em especial porque os valores aplicados frequentemente serão os do próprio julgador, além do que, evidentemente, acaba por consubstanciar-se em uma decisão política, pois, como aponta Dworkin<sup>177</sup>, juízes diferentes, oriundos de subculturas diferentes, tendem a decidir diferentemente, bem como suposições sobre a intenção das leis são suposições sobre direitos políticos.<sup>178</sup>

Com efeito, o Poder Legislativo é a porta de entrada dos argumentos éticos e pragmáticos próprios das políticas públicas, e devem ser incorporados no discurso judicial de forma seletiva e condicionada: no Estado Democrático de Direito, decisões políticas somente podem ser tomadas pelos seus legitimados, e as decisões judiciais devem respeitar as leis. Nesse sentido, Dworkin aduz que

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em

175 HABERMAS, op. cit., 1997. p. 269-271.

176 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 85.

177 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 198.

178 *Ibidem*, p. 170.

vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.<sup>179</sup>

Para Dworkin, inclusive os casos difíceis podem ser resolvidos através do material jurídico fornecido por regras, princípios e diretrizes políticas, pois “Dworkin busca *no interior do próprio direito* as respostas para questões supostamente apontadoras de ‘lacunas’ no ordenamento (ausência de regramento específico)”.<sup>180</sup> Em suas palavras:

[...] os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles criados por uma decisão ou prática expressa, isto é, que eles podem ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos casos difíceis, quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte.<sup>181</sup>

Nesse aspecto, não é pelo fato de o Poder Legislativo eventualmente não estar cumprindo bem o seu papel que este deva ser avocado pelo Poder Judiciário: ao invés de solucionar um problema, outro estará sendo criado. Dworkin lembra que

[...] as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funciona com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiências.<sup>182</sup>

De acordo com o autor, não é dado aos juízes decidir discricionariamente com relação aos princípios, estando, na verdade, por estes vinculados. Esse também é o entendimento de Eros Grau, que frisa:

De minha exposição resulta nitidamente evidenciado que nego a possibilidade de o intérprete autêntico produzir normas *livremente*, no exercício de *discricionariedade*. Todo intérprete estará sempre vinculado

179 DWORKIN, op. cit., p. 132.

180 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 70.

181 DWORKIN, op. cit., 2010. p. XVI.

182 Ibidem, p. 133.

pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam *princípios*, que interprete.<sup>183</sup> [grifos no original]

Com propriedade, Dworkin chama a atenção para um fato importante, ignorado pelo Poder Judiciário: os juízes também se sujeitam à doutrina da responsabilidade política, a qual “afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”, e “[...] condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”.<sup>184</sup>

Para Dworkin, a segurança jurídica advém do compromisso com a aplicação, a cada caso concreto, não apenas uma de parte do Direito, mas da Constituição: a interpretação deve levar em conta os princípios informadores do sistema, conformando a decisão judicial aos princípios constitucionais. E o autor divide a integridade em duas formas: a integridade da legislação (validação abstrata das normas no processo legislativo ou no controle de constitucionalidade) e a integridade da decisão judicial (aplicação concreta de normas abstratamente válidas).<sup>185</sup> Dessa forma, acaso o conflito entre normas se dê em abstrato, elimina-se a contradição do ordenamento pela invalidação de uma delas. Porém, se ambas as normas são válidas no ordenamento jurídico, mas conflitantes no caso concreto, a decisão judicial deve buscar manter a coerência do ordenamento jurídico, aplicando a norma que possibilite a manutenção da integridade do sistema.

Destarte, conclui-se que Dworkin define a única resposta correta não como uma única leitura possível de um texto legal, mas uma leitura a ser feita em cada caso concreto, diante de suas especificidades, buscando sempre a manutenção da integridade do ordenamento e a realização dos comandos constitucionais, pois as regras jurídicas, por mais simples ou mais detalhadas que sejam, sempre são passíveis de interpretação, e somente adquirem densidade normativa quando da aplicação ao caso concreto, através da contextualização, de forma a atribuir-lhe um sentido coerente com o restante do ordenamento jurídico, mantendo a integridade do direito.<sup>186</sup> A propósito, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti asseveram:

A sua afirmação de uma única resposta correta para o caso assenta-se na unicidade e irrepitibilidade que marca cada caso. Ressalta aqui a

183 GRAU, op. cit., 2011. p. 206.

184 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 137.

185 Ibidem, p. 61-68.

186 SCOTTI, Texto-base 2, op. cit., p. 04-09.

complexidade do modelo de um ordenamento de princípios (mesmo as regras aqui devem ser principiologicamente lidas), que se apresenta por inteiro e, a um só tempo, composto por princípios opostos em produtiva tensão reciprocamente constitutiva e igualmente válidos que dependem do caso concreto para que seja possível discernir a pretensão abusiva da correta que com base neles são levantadas.<sup>187</sup>

Por sua vez, Habermas elucida que

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém, *esse* deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta.<sup>188</sup>

Outrossim, a partir da noção de direito como integridade, considerando-se o ordenamento jurídico como um todo coerente, parece estabelecer-se um norte para as decisões a serem tomadas nesses casos, orientando-se pelos demais princípios e normas vigentes de modo a fazer valer os direitos no caso concreto. Contudo, é necessário cuidado por parte do julgador, a fim de evitar a utilização de argumentos de política (inerentes aos discursos de justificação, do Poder Legislativo em geral, incluindo o Constituinte) indevidamente travestidos de argumentos de princípio (discursos de aplicação, atinentes ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário), e buscar dar eficácia aos direitos, ofertando uma resposta coerente com o sistema e evitando inovações ou contradições indevidas.

O Poder Legislativo é o responsável pela produção legislativa, elaborando as normas gerais e abstratas a serem aplicadas aos casos concretos: é, dentre os três poderes, o mais periférico, sendo responsável pela entrada dos argumentos no ordenamento jurídico<sup>189</sup>, ou, em outros termos, estabelece os argumentos básicos, que vão informar a construção de novos argumentos, a serem desenvolvidos a partir deles. Porém, hoje é consenso a total impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas a serem por ela subsumidas, cabendo ao aplicador a difícil tarefa de resolver os problemas concretos, procurando as respostas dentro do ordenamento.

Nisso consiste o mérito da proposta do direito como integridade, buscando sempre dar respostas coerentes dentro do sistema. Conflitos de valores requerem, para sua solução, o balanceamento de argumentos

187 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 32-33.

188 HABERMAS, op. cit. 1997. p. 323.

189 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 58.

de política, a serem efetivados em momento e local apropriado (debates democráticos), ao passo que para o conflito entre princípios, a solução passa pelos discursos de aplicação inerentes à atividade judicial, não como um juízo de preferência entre os interesses, mas identificando, no caso concreto, aquele que se mostra mais coerente com o ordenamento jurídico em sua integridade. Como pontua Eduardo Cambi, “Direito e política têm, cada um, função própria cabendo, ao direito, a *estabilização de expectativas de comportamento* e a política, a *realização de fins coletivos*”.<sup>190</sup> E, de modo complementar, convém mencionar a lição de Bonavides, no sentido de que

O controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, precisa todavia manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social ou jurídico-político.<sup>191</sup>

Com efeito, a Constituição protege diversos bens, não sendo lícito o sacrifício infundado de algum deles, sendo necessário respeitar a proteção constitucional considerando-se a unidade da Constituição, ou seja, harmonizando da melhor forma possível os preceitos conflitantes em face das circunstâncias concretas. Como pontuam Carvalho Netto e Scotti,

[...] precisamente porque os princípios são normas abertas, normas que não buscam regular sua situação de aplicação, para bem interpretá-los é preciso que os tomemos na integridade do Direito, ou seja, que sempre enfoquemos um determinado princípio tendo em vista também, no mínimo, o princípio oposto, de sorte a podermos ver a relação de tensão produtiva ou de equiprimordialidade que, na verdade, guardam entre si, a matizar recíproca, decisiva e constitutivamente os significados um do outro.<sup>192</sup>

Na verdade, o objetivo da integridade não difere do objetivo da proporcionalidade, na medida em que ambas pretendem conferir certeza e segurança jurídica à decisão do caso concreto. Entretanto, a proporcionalidade crê que a segurança decorre da uniformidade de pensamento e que apenas em um contexto guiado pela razão moral seria possível garantir a legitimidade da decisão, ou seja, somente haveria segurança se as decisões particulares reproduzissem valores morais

190 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 267.

191 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 421.

192 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 146.

maiores. Por outro lado, a integridade reconhece a necessidade de garantir o pluralismo e o multiculturalismo, ciente da impossibilidade de objetividade absoluta na decisão jurídica. Porém, acredita que, ainda que de forma precária, a segurança jurídica pode ser alcançada através do compromisso de, em cada caso concreto, aplicar não apenas um fragmento do direito, mas a própria Constituição, em sua totalidade, pois a insegurança pode ser mitigada com uma interpretação que considere os princípios orientadores do ordenamento e busque conformar a decisão concreta aos princípios constitucionais.

### 3.3 Críticas à técnica da ponderação ou princípio da proporcionalidade

Apesar de sua ampla aceitação e utilização, a teoria de Alexy sofreu diversas críticas, sendo seus principais expoentes Jürgen Habermas e Klaus Günther. Como observa Eduardo Cambi,

A ponderação ou a denominada *lei do sopesamento* não é pacífica, sendo bastante criticada por autores como Habermas, para quem sua adoção seria uma *ameaça à certeza dos direitos*, porque *faltam critérios racionais* para o sopesamento. Critica-se a substituição de *juízos deônticos* ('o que deve ser'), baseados nos códigos binários lícito/ilícito ou válido/inválido, essenciais ao direito, por *juízos axiológicos* ('o que é bom'), já que os *valores* são flexíveis, concorrem por preferências, não impondo deveres inequívocos e incondicionais aos seus destinatários.<sup>193</sup> [grifos no original]

A fim de combater a afirmação de que a ponderação seria feita de forma discricionária e arbitrária, dando margem ao decisionismo e a um subjetivismo acentuado, Alexy serve-se de um modelo ou metodologia de fundamentação, segundo o qual “uma ponderação é racional se o enunciado de preferência ao qual conduz pode ser fundamentado racionalmente”, e assim intenta proporcionar um critério objetivo através da vinculação entre a lei de ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional. Cabe ao julgador cumprir as etapas do procedimento a ser utilizado na ponderação, consistentes em identificar as normas e reuni-las de acordo com a direção para a qual apontam; analisar as circunstâncias do caso concreto e suas repercussões; e após, atribuir o peso relativo aos interesses e estabelecer a intensidade da preferência de cada grupo de normas (esta a ponderação propriamente dita, que também se subdivide em definição da intensidade da intervenção, análise da importância dos fundamentos justificadores da intervenção, e realização da ponderação em sentido restrito).

<sup>193</sup> CAMBI, op. cit., 2011. p. 481.

Em suma, a proposta teórica de Alexy para aplicação dos direitos fundamentais mediante a máxima da proporcionalidade busca enfatizar a importância da racionalidade dos juízos de ponderação entre os princípios jurídicos. Para o autor, nos casos em que o direito positivo não fornece a resposta para os problemas concretos, surge a exigência de uma decisão judicial que considere os princípios jurídicos envolvidos, o que sugere ser feito através da “lei de sopesamento”, um sistema voltado a combater o argumento da irracionalidade das decisões, de modo que a argumentação jurídica seria, portanto, a forma de demonstrar a correção da decisão que pondera princípios jurídicos. A conexão do direito com a moral se evidenciaria através desses juízos de ponderação ao texto constitucional, aproximando a dimensão real do direito (decisão judicial) com a dimensão ideal (pretensão de correção), o que somente se sustenta através da demonstrabilidade argumentativa da pretensão de correção.

Entretanto, sua teoria segue sendo questionada pela doutrina, no sentido de que a atribuição de peso maior a um princípio e não a outro não pode ser discricionária, pois o intérprete e a autoridade judiciária estão vinculados pelos princípios, como se infere da opinião de Damião Azevedo, que tece forte crítica à proporcionalidade:

A teoria da ponderação de valores requer que certos valores sejam assumidos, oficialmente, como prioritários pelo juiz e pelo direito, o que inequivocamente estabelece uma forma de discriminação contra os demais valores sociais e políticos. Exigir que o direito seja interpretado e aplicado a partir de certo valor moral ameaça frontalmente o pluralismo, pois todos os outros indivíduos que não compartilham desse mesmo valor ficam alijados do debate jurídico. A teoria da proporcionalidade coloca o direito sob o pálio dos valores morais oficiais, o que fere diretamente um dos fundamentos da República, que exige o respeito à pluralidade das formas de vida.<sup>194</sup>

De fato, por conferir amplos poderes ao magistrado, a ponderação necessita ser pautada por critérios preestabelecidos, a fim de evitar o subjetivismo e o decisionismo, os quais conduzem à desvalorização das escolhas feitas por órgãos democraticamente eleitos e fomentam uma situação de insegurança jurídica.

Quer dizer, o Direito não pode estabelecer a precedência de certos valores sobre outros, sob pena de a lei perder sua legitimidade frente aos mais diversos setores da sociedade. O pluralismo político consagrado pela Constituição exige que todos os valores sociais e políticos sejam respeitados em igual medida, recebendo a mesma importância e consideração.

---

194 AZEVEDO, op. cit., p. 21.

Humberto Ávila, por sua vez, observa que “[...] com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para a sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo [...]”<sup>195</sup>, e desenvolve profundo estudo demonstrando que a proporcionalidade, como proposta por Alexy, não configura um princípio, mas sim um postulado, metanorma ou norma de segundo grau, relacionada à aplicação de outras normas. Dessa forma, assevera que a proporcionalidade não é o objeto de ponderação, mas o próprio critério dela, pois “Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, são violadas as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas”<sup>196</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, assevera que a razão do recurso à ponderação não é capricho ou modismo, decorrendo da diversidade de leituras dos bens constitucionais; porém, a finalidade da ponderação não é a atribuição de significado ao texto normativo, o que cabe à interpretação, mas sim elaborar critérios que possibilitem obter o equilíbrio na ordenação dos bens em tensão.<sup>197</sup>

Com efeito, a doutrina aconselha cautela e uso parcimonioso da ponderação, em razão de todos os riscos já mencionados, como se infere da observação de Ingo Sarlet:

Por outro lado, a assim chamada ponderação ou balanceamento (expressões que, reitere-se, aqui são utilizadas como sinônimas), nem sempre se faz necessária e deve mesmo ser utilizada de modo comedido e mediante o atendimento a determinados critérios, além de se tratar de operação que reclama particular atenção em termos de uma adequada fundamentação.<sup>198</sup>

De outro lado, da análise dos julgados examinados, pôde-se verificar que a aplicação que o STF faz da proporcionalidade não guarda coerência com a doutrina de Alexy. Da fundamentação das decisões pesquisadas (especialmente dos votos que mencionam a ponderação), verifica-se não haver uma verdadeira ponderação de princípios no sentido alexyano, senão mera opção por um dos interesses constitucionais em discussão. Assim, mesmo havendo referência expressa à proporcionalidade nos votos de alguns ministros, o que se verifica é apenas um arremedo da proposta da

195 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

196 *Ibidem*, p. 122.

197 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1237.

198 SARLET, op. cit., 2012. p. 211.

proporcionalidade, ocorrendo o uso de uma proporcionalidade *sui generis*, pois empregada sem a preocupação com a racionalidade argumentativa defendida por Alexy. Princípio da proporcionalidade, no sentido que lhe têm atribuído a doutrina e jurisprudência pátrias, especificamente no debate sobre conflitos de normas, significa mera incidência simultânea de princípios jurídicos divergentes. Desta forma, a simples opção por um dos princípios, sem a devida fundamentação, baseada apenas no argumento de autoridade do “princípio da proporcionalidade”, implica um reforço do subjetivismo e da discricionariedade judicial.

Convém, portanto, salientar que decisões fundadas apenas na proporcionalidade consistem em arbítrio do julgador, na medida em que destituídas de fundamentos, senão meros valores morais escolhidos subjetivamente. Nesse caso, o que ocorre é a utilização de argumentos de política como fundamento para as decisões, embora os julgadores sustentem tratar-se apenas da aplicação de princípios e direitos consagrados na Constituição: na maioria das vezes, efetuam escolhas políticas para as quais o Poder Judiciário não está legitimado. Como pondera Bonavides,

A aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional num determinado ordenamento jurídico, como aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, suscita de necessidade o grave problema do equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário. Um inadvertido e abusivo emprego daquele princípio poderá comprometer e abalar semelhante equilíbrio.<sup>199</sup>

Talvez maior problema resida na recepção acrítica e distorcida da teoria de Alexy, pois, em sua proposta teórica, a ponderação exige a análise de todos os interesses relevantes atingidos, sendo infringida sua lei acaso não sejam incluídos interesses que, de acordo com as circunstâncias objetivas, o deveriam ter sido, pois todos devem ser considerados na fundamentação da decisão, onde deve restar evidenciada a razão de decidir, de modo que eventual preferência por um dos interesses em preterição de outros deve estar justificada em fundamentos suficientemente importantes e válidos. Em outros termos, as razões que levaram à decisão devem estar amplamente demonstradas na fundamentação, seguindo todas as etapas propostas no método. Entretanto, não é o que efetivamente acontece, sendo de praxe a simples menção à “proporcionalidade” como fundamento decisório sem, contudo, fazer uso da máxima da proporcionalidade tal qual proposta por Alexy.

199 BONAVIDES, op. cit., 2004, p. 420.

Nessa linha de entendimento, um dos principais expoentes é Lênio Streck, para quem a proporcionalidade não pode ser aceita como uma “metarregra para resolver problemas não resolvidos pelos ‘demais princípios’ conformadores do sistema jurídico”, ela deve estar sempre presente, pois “qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade”.<sup>200</sup> O referido autor defende o “dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta (no caso, adequada à Constituição) [...]”<sup>201</sup> e critica a leitura superficial que a teoria da argumentação de Alexy recebeu de parcela considerável da doutrina e dos tribunais:

O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy constrói sua teoria exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores, ao passo que, *no Brasil*, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. Dito de outro modo: levada a teoria alexyana às suas últimas consequências, é possível dizer que, ao menos no Brasil, embora todos os esforços empreendidos pela doutrina, não há aplicação da *teoria da argumentação jurídica*.<sup>202</sup> [grifos no original]

E acrescenta, tecendo severa crítica ao uso da proporcionalidade: A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – *não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’ (sic)*, algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’ (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa ‘escolha direta’. Importante anotar que, no Brasil, *os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um ‘princípio’ (sic)*.<sup>203</sup> [grifos no original]

No mesmo sentido, é a doutrina de José Adércio Leite Sampaio, para quem o real objeto da ponderação é o “peso” das razões conflitantes, só que esse peso não está nas normas, mas nas preferências axiológicas do intérprete, de modo que, com o uso da ponderação, diferentes intérpretes facilmente podem chegar a conclusões divergentes.<sup>204</sup> E conclui que

O próprio Alexy se esforça por apresentar fundamentos ao processo, elaborando uma lei de colisão, de maneira a garantir que os seus

200 STRECK, *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. in FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66-67.

201 *Ibidem*, p. 68.

202 *Ibidem*, p. 72.

203 *Ibidem*, p. 74.

204 SAMPAIO, op. cit., 2013. p. 401-404; 444-449.

resultados sejam corretos (e controláveis). Assim também, a teoria de Dworkin, sem recorrer, contudo, à expressão alemã da ponderação nem ao trabalho ‘método-lógico’ feito por Alexy, baseia-se, como já antecipamos, num sentido de coerência sistêmica e de integridade do direito que tenta neutralizar a discricionariedade do intérprete: cada decisor deve comportar-se na hora de solucionar o conflito como se estivesse a escrever um capítulo a mais (e logicamente coerente) no romance jurídico em construção.<sup>205</sup>

Da mesma forma, Eros Grau critica a ponderação de princípios, cuja supervalorização atribui a “leituras criativas” da obra de Dworkin, pois a ponderação permite aos juízes decidir de acordo com seus valores pessoais, comprometendo a segurança jurídica<sup>206</sup>, e insiste na crítica à discricionariedade exercida pelo julgador ao valer-se da ponderação entre princípios<sup>207</sup> e na banalização de sua utilização<sup>208</sup>. O Autor, na mesma linha da doutrina de Humberto Ávila, entende que a proporcionalidade não constitui um princípio, mas sim um postulado normativo aplicativo, frisando que

[...] adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em relação a algo diferente; não se passa que algumas vezes tenham precedência, outras não; o que se pergunta é se essas exigências são satisfeitas ou não, e se sua não satisfação traz como consequência ilegalidade; daí porque essas três exigências, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como regras.<sup>209</sup>

Por fim, José Adércio Leite Sampaio refere que a “crítica de Hesse é importante para alertar os que se valem da ponderação, sob aparência de fundamentação matemática consistente, como simples retórica de impor uma hierarquia entre os bens constitucionais”<sup>210</sup> e defende a “concordância prática” de Konrad Hesse como a melhor alternativa à ponderação, pois recusa a metáfora da balança argumentativa em que se medem os interesses em conflito a fim de identificar o direito ou interesse prevalecente, devendo buscar-se a “co-ordenação” dos bens jurídicos protegidos, de modo a preservá-los da melhor maneira possível, a fim de que as normas em conflito contribuam para a decisão.

205 SAMPAIO, op. cit., p. 398.

206 GRAU, op. cit., 2011. p. 343.

207 Ibidem, p. 207.

208 Ibidem, p. 217.

209 Ibidem, p. 216.

210 SAMPAIO, op. cit., 2013. p. 720.

### 3.4 Conflito aparente de normas constitucionais. O direito como integridade: uma proposta para a efetividade constitucional

É do senso jurídico comum a ideia de que há colisão ou conflito quando a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta real ou hipotética. Todavia, procede o entendimento no sentido da inexistência de conflito real, em que as colisões seriam apenas aparentes. Segundo Damiano Azevedo, para Dworkin “[...] o conflito entre normas *prima facie* aplicáveis a um mesmo caso concreto é apenas aparente, pois a situação concreta de aplicação do direito exige que se decida qual a única norma adequada àquele caso específico”.<sup>211</sup>

Da mesma forma, quanto à aplicação dos princípios, Inocêncio Mártires Coelho aduz que “[...] parece não se prestarem a provocar conflitos, criando apenas momentâneos estados de *tensão* ou *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do Direito”.<sup>212</sup> E complementa citando a lição de Humberto Ávila, a seguir transcrita:

Daí a observação de Humberto Ávila de que a própria ideia de ‘conflito’ deve ser repensada, pois se o conteúdo normativo de um princípio ‘depende’ da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrentes da relação dialética que mantém com os outros princípios, parece inconcebível a ocorrência de efetivas ‘colisões’ entre eles. Tratar-se-ia, prossegue esse autor, de um conflito aparente e não-uniforme, já que a ideia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas eventualmente contrapostas, o que no caso dos princípios está *previamente* afastado pois eles são definidos justamente em função de não terem uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica abstratamente determinadas.

Habermas, por seu turno, salienta que a indeterminação interna do Direito não decorre da estrutura do próprio Direito, mas sim da recusa dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível, além de a história institucional de uma ordem jurídica ser avessa, em maior ou menor grau, a uma reconstrução racional.<sup>213</sup>

A par das teorias acima explanadas acerca da solução para a colisão entre princípios (proporcionalidade de Alexy e integridade do direito de Dworkin), e a fim de justificar a segunda opção como mais adequada

211 AZEVEDO, op. cit., p. 02.

212 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 33.

213 HABERMAS, op. cit. 1997. p. 266.

à garantia de efetividade da Constituição, podem ser mencionados os chamados postulados de interpretação constitucional, dentre os quais apresentam particular relevância a unidade da Constituição, o efeito integrador e a concordância prática ou harmonização.

É evidente que a Constituição não estabelece critérios para interpretação e harmonização das normas de direitos fundamentais, partindo do pressuposto de que não há hierarquia entre normas constitucionais<sup>214</sup>, até porque se assim o fizesse, teria de estabelecer regras e hierarquia fixa de valores, o que não se coaduna com a natureza dos direitos fundamentais. Assim, para auxiliar na tarefa de aplicação, a doutrina aponta diversos princípios interpretativos, consistentes em critérios hermenêuticos, cujo objetivo é auxiliar na construção de respostas constitucionalmente adequadas para os problemas jurídico-constitucionais<sup>215</sup>, dentre os quais podemos destacar o postulado da unidade da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas considerando que a constituição consiste em uma unidade indivisível: o importante é evitar contradições, superando eventuais antinomias normativas através de uma interpretação global da Constituição, cujos espaços de tensão devem ser harmonizados pelo intérprete no âmbito de sua concretização.

Diretamente relacionados ao princípio da unidade da constituição, também têm aplicação o princípio do efeito integrador, pelo qual, na interpretação constitucional, devem ser priorizados critérios que proporcionem a integração política e social, reforçando a unidade política<sup>216</sup>, além do princípio da concordância prática, que pressupõe a harmonização dos bens jurídicos em tensão, a fim de evitar o sacrifício total de uns em face da realização de outros<sup>217</sup>, e que tem especial aplicação no âmbito dos direitos fundamentais, quando houver tensão entre estes ou destes com outros bens jurídicos tutelados pela Constituição. Na lição de Canotilho,

[...] o princípio da unidade da constituição é uma exigência da ‘coerência narrativa’ do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin).<sup>218</sup>

214 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 209.

215 CANOTILHO, op. cit., 2003. p. 1223 e ss., baseado na obra de Konrad Hesse.

216 Ibidem, p. 1224.

217 Ibidem, p. 1225.

218 Ibidem, p. 1184.

Por seu turno, Bonavides leciona que o princípio da unidade da constituição

É o princípio que, por excelência, preserva o espírito da Constituição. E, tratando-se de interpretar direitos fundamentais, avultam a sua autoridade e prestígio, na medida em que a natureza sistêmica, imanente ao mesmo, pode conduzir, entre distintas possibilidades interpretativas, à eleição daquela que realmente, estabelecendo uma determinada concordância fática, elimina contradições e afiança a unidade do sistema.<sup>219</sup>

Da mesma forma, Jorge Miranda tece importantes considerações sobre a unidade da Constituição:

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica *coerência* ou, talvez mais rigorosamente, *consistência*; projeta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em norma. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.<sup>220</sup>

E, mais adiante, complementa ensinando que a Constituição “[...] deve ser apreendida, em qualquer instante como um todo, na busca da coerência, da harmonia de sentido das normas ínsitas no texto e da sua função integradora do tecido político-social”, concluindo que sempre se faz necessária “[...] uma harmonização ou concordância prática que permita o máximo de realização dos direitos fundamentais e o funcionamento das instituições”.<sup>221</sup>

Oportuna, aqui, a lição de Eros Grau, para quem “o direito não pode ser interpretado em tiras, aos pedaços, pois não poderá ser compreendido se for visualizado dissociado da estrutura global<sup>222</sup>, pois “A Constituição há de ser interpretada na sua totalidade”<sup>223</sup>, o que se coaduna com as ideias de Dworkin acerca da interpretação do sistema constitucional como um todo<sup>224</sup>, em um sistema de justificação coerente.<sup>225</sup>

A esse respeito, Ingo Sarlet informa que: “[...] a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando

219 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 595.

220 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 293.

221 Ibidem, p. 321.

222 GRAU, op. cit., 2011. p. 69.

223 Ibidem, p. 344.

224 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 167.

225 Ibidem, p. 182.

harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios”.<sup>226</sup> E ainda, com base na doutrina de Luís Roberto Barroso, afirma que

[...] o ponto nodal da efetivação do princípio da efetividade da Constituição radica na dificuldade em solucionar as tensões que se estabelecem dentro da própria Constituição, já que esta é, sobretudo, um documento dialético, instrumento jurídico de composição das forças políticas de um determinado Estado.<sup>227</sup>

José Adércio Leite Sampaio também defende a busca pela unidade da constituição, mencionando a doutrina de Eros Grau, no sentido de que o intérprete, ao aplicar uma norma constitucional, aplica a Constituição inteira, pois ela “[...] é dotada de um sentido global, de uma totalidade racional desde a intimidade da sua lógica interna até a sua teleologia e os seus valores, não podendo o intérprete fugir dessa unidade, cabendo-lhe antes revelá-la e reforçá-la”.<sup>228</sup> Segundo o autor, a unidade atua como coerência de sentido, suplantando a tensão das multiplicidades de visões de mundo que perpassam todo o texto para identificar o sentido atuante para o caso concreto, e é promovida pela harmonização ou concordância prática de normas constitucionais aparentemente em conflito, citando a doutrina de Konrad Hesse, para quem

[...] a resolução de conflitos não se deve dar por meio de uma ponderação de bens apressada ou de uma abstrata “ponderação de valores” que redundem na preferência de uma norma em absoluto detrimento de outra. A unidade Constitucional, ao contrário, requer um processo de otimização entre elas, de modo a serem estabelecidas as fronteiras dos interesses protegidos e, ao mesmo tempo, realizada a efetividade ótima da Constituição.<sup>229</sup>

José Adércio Leite Sampaio também aborda a questão da integridade do sistema jurídico (Dworkin), bem como a única solução correta em um sistema jurídico coerente (Habermas e Günther), pois cada situação hermenêutica é única e não se repete<sup>230</sup>, sugerindo como única alternativa hermenêutica válida o uso de uma “deontologia da interpretação como um diálogo com as fontes e a integridade do direito, aberto ao controle, próprio (argumentar importa questionar e fiscalizar a ‘compreensão’ e seus tributos às pré-compreensões) e externo (das partes, da hierarquia judiciária e da sociedade)”.<sup>231</sup>

<sup>226</sup> SARLET, op. cit., 2012. p. 334.

<sup>227</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>228</sup> SAMPAIO, op. cit., 2013. p. 441.

<sup>229</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*. apud SAMPAIO, op. cit., 2013. p. 443.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 470.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 721.

Como foi visto no primeiro capítulo, inexistente verdadeira colisão entre as disposições constitucionais que tratam do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento econômico. Isso porque os referidos princípios estão profundamente imbricados, possuindo objetivos em comum, além do que, considerando a unidade da Constituição, ela constitui um todo indivisível. Embora as constituições democráticas contemplem uma pluralidade de interesses, sua finalidade é conciliá-los e harmonizá-los, de modo que não cabe ao intérprete aplicar parcialmente suas normas, optando por um dos interesses em detrimento de outro, porquanto tal medida implica deturpação de seu sentido.

Assim, a partir da interpretação das normas constitucionais que regem o assunto, verificou-se que é entendimento prevalente na doutrina de que, ao regular a ordem econômica e a proteção ao meio ambiente, a Constituição nada mais fez do que determinar que o desenvolvimento econômico autorizado é o desenvolvimento sustentável. Desse modo, as atividades econômicas que não atendam a esse requisito não estão protegidas pela Constituição, até porque ambos os princípios buscam realizar um objetivo comum, consistente no bem-estar e na qualidade de vida da população: esses objetivos é que devem ser considerados na interpretação das referidas normas, focando sempre na preservação da vida humana, com qualidade e, portanto, dignidade.

O problema é que, na prática, ou seja, na aplicação da Constituição para a resolução dos casos concretos, não existe a mesma coerência identificada na doutrina, pois, frequentemente, quando presentes interesses econômicos e de proteção ao meio ambiente, o STF não tem conseguido obter a mesma harmonia existente na doutrina, pois prevalece o entendimento no sentido da existência de colisão entre tais princípios, com clara opção pela ponderação de valores como técnica de decisão. Ademais, verifica-se que a ponderação utilizada não é a proposta por Alexy, que exige argumentação envolvendo todos os interesses presentes, para bem fundamentar e justificar a prevalência de um dos princípios em detrimento do outro, ao passo que, nas decisões do STF, o que ocorre é apenas a opção por algum dos valores, mencionando-se a “proporcionalidade” como razão de decidir. Em outras palavras, o julgador, em regra, realiza uma escolha com base em suas preferências pessoais, e, após, menciona a “ponderação” como justificativa para tal opção. Tanto é assim que, não raro, ocorrem decisões em sentidos totalmente opostos, em que pese fundadas na “ponderação”.

A teoria de Dworkin, por outro lado, não admite contradição interna ao ordenamento jurídico, que forma um todo coerente. Cabe ao julgador, ao decidir o caso concreto, fazê-lo tendo em vista essa integridade. Desse compromisso com a preservação do sentido do Direito é que resulta a “única resposta correta”, a qual leva em conta a exclusividade de cada

caso. Ou seja, não consiste em uma única leitura possível das normas, mas a leitura a ser feita em cada situação concreta, em razão das suas especificidades, e com vistas à manutenção da integridade e coerência do ordenamento jurídico.

É nesse contexto que se verifica a importância da adoção de uma linha interpretativa tal qual proposta pela integridade do direito, de Dworkin, pois, de fato, não existe verdadeira contradição ou colisão entre os dispositivos constitucionais, e assim proporcionar interpretações que preservem o seu sentido. O que a teoria do direito como integridade visa é justamente a convivência harmônica de todas as normas dentro do ordenamento, eliminando a aparente contradição e mantendo a coerência e a unidade do sistema. A adoção da proposta aqui apresentada, além de gerar um significativo ganho em termos de segurança jurídica e de legitimidade democrática, é apta a proporcionar uma maximização da efetividade da Constituição no que tange à promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Enfim, a efetividade da Constituição, especialmente no que tange às normas ambientais, precisa ser promovida. Para tanto, há necessidade de uma correta interpretação e aplicação das normas que regulam a matéria, promovendo uma leitura constitucional que promova a integridade de suas normas.

E, nesse aspecto, a postura do STF tem importância fundamental, devendo reforçar seu papel de guardião da Constituição, efetuando uma leitura integral do texto constitucional, e corrigindo desvios interpretativos que levam a contradições entre os fundamentos e a conclusão de seus julgados, a fim de minimizar o risco à segurança jurídica e reduzir a falta de legitimidade das decisões baseadas em simples discricionariedade. Propõe-se, assim, a adoção da teoria de Dworkin, de analisar o Direito em sua integridade, como o caminho mais apropriado para atingir tão importante objetivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As mudanças de paradigma ocorridos nos últimos tempos provocaram, no mundo ocidental, uma espécie de despertar, com a adoção da visão de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado não consiste mais em um mero recurso econômico, e, diante da sua importância para a efetivação do direito fundamental à vida com qualidade, foi ele igualmente incluído como valor fundamental na Constituição de 1988. Em suma, a materialização do direito ao ambiente restringiu as atividades econômicas que ponham em risco o equilíbrio do ecossistema, com a finalidade de possibilitar a efetivação do direito à vida com qualidade.

Em síntese, na linha do que foi demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, quando analisada a produção doutrinária envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvimento, em que fica evidente a opção constitucional pelo desenvolvimento sustentável, resta clara a inexistência de um conflito real entre os referidos princípios, os quais devem ser harmonizados de acordo com o que foi determinado nas próprias normas constitucionais. Na verdade, buscou-se demonstrar que a colisão entre os princípios mencionados é apenas aparente, considerando-se que a unidade da Constituição não admite a existência de normas contraditórias dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Logo, a Constituição, ao garantir direitos, também prevê princípios condicionantes de seu exercício, de modo que a interpretação há de ser feita considerando-se o todo, primando pela coerência.

No que tange às decisões judiciais apreciadas, foi possível verificar que as conclusões teóricas expressas nas decisões do STF têm apresentado, desde a promulgação da Constituição, considerável evolução, especialmente ao propugnar que o desenvolvimento preconizado pela ordem constitucional é o desenvolvimento sustentável, na medida em que a ordem econômica já nasce limitada pela proteção ao meio ambiente. Entretanto, como demonstrado quando da análise das decisões, persistem ainda muitas inconsistências no conteúdo das decisões, bem como na metodologia utilizada para decidir.

Nesse contexto, é fator de grande preocupação a forma como o assunto vem sendo tratado nas decisões do STF, tendo sido identificados os seguintes problemas: a) conclusão (dispositivo) dissociado do teor da fundamentação; b) não fundamentação das decisões; c) interpretação equivocada do sistema constitucional do meio ambiente; d) uso da “ponderação” para solucionar “colisão de princípios”; e e) ponderação que não segue a metodologia proposta por Alexy, havendo mera escolha pessoal, tanto que, fundadas na proporcionalidade, não raro as decisões são contraditórias.

Consoante se pode perceber do exame das decisões selecionadas, falta, outrossim, consolidar um entendimento harmônico de tais disposições, abandonando o critério da ponderação, da forma como tem sido utilizado, no sentido de simples opção do julgador por um dos interesses postos para julgamento, a fim de possibilitar a consagração do verdadeiro sentido expresso nas normas constitucionais e a coerência das decisões.

Contrário à interpretação dos princípios jurídicos como valores, Dworkin desenvolveu a ideia de *integridade* do Direito, teoria segundo a qual os princípios jurídicos não podem ser vistos como opostos entre

si, mas coordenados a partir de uma concepção pública de justiça. A interpretação será tanto melhor quanto maior for a capacidade do julgador em expressar o significado do direito em sua integridade, e não apenas o significado de determinadas normas, pois o significado destas deve guardar coerência com os princípios revelados por todo o ordenamento.

Cada princípio, estando ligado ao ordenamento de forma integral, traz em si duas dimensões, uma pública e uma individual: nesse sentido, as esferas pública e privada são co-originárias e equiprimordiais. Cada direito individual somente é realizado através da dimensão pública, que permite a cada cidadão torná-lo legitimamente exigível frente ao Estado e frente aos demais cidadãos; por sua vez, cada direito coletivo somente se realiza mediante a dimensão privada de cada cidadão que, de modo individual, acessa e exerce tais direitos. Assim, direito como integridade não significa preferência pelos direitos individuais ou pelos direitos coletivos, ao contrário, refuta tal distinção, significando que o direito é uno, decorrendo disto que todas as normas existentes no ordenamento devem ser interpretadas de modo a manter a coerência interna que lhe garanta unidade.

Segundo Dworkin, o Direito deve ser compreendido em sua integridade, o que pressupõe dinamismo e permanente transformação, sem perder a coerência. A integridade, assim, exige tanto que as normas elaboradas pelos legisladores sejam moralmente coerentes, da mesma forma que as decisões judiciais devem ser moralmente coerentes, cabendo aos juízes construir sua fundamentação utilizando argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito vigente.

Portanto, para tornar eficazes as normas constitucionais que asseguram a proteção ambiental, propõe-se um reforço no que tange à fundamentação das referidas decisões, consagrando a integridade do ordenamento jurídico como um todo, e com vistas a promover na sociedade uma mudança de visão, quanto à imprescindibilidade da proteção ambiental para a efetivação da saúde de todos. Nisso reside a importância da norma consagrada pela Constituição: é necessário resguardar o meio ambiente de danos irreparáveis a fim de garantir a própria sobrevivência da espécie humana, pois nenhum desenvolvimento econômico é capaz de reverter os danos causados ao meio ambiente, de modo que a única saída possível à humanidade é a prevenção.

De fato, o uso que tem sido feito da ponderação prejudica a efetividade da Constituição, aqui, especificamente no que diz respeito à proteção do meio ambiente. Nessa linha, cabe ao Poder Judiciário reforçar seu papel de guardião da Constituição, e o caminho mais indicado para atingir tão importante finalidade é adotar a teoria do Direito como integridade, considerando o ordenamento jurídico como um todo coeso, orientando as

decisões judiciais pelos demais princípios e normas vigentes, ofertando uma resposta coerente e evitando contradições indevidas: o que o Direito como integridade visa é justamente a convivência harmônica de todas as normas dentro do ordenamento, mantendo a coerência e a unidade do sistema.

Na interpretação a ser dada aos referidos dispositivos é necessário levar em consideração a necessidade de efetividade dos princípios gerais de direito ambiental: sem um meio ambiente sadio e equilibrado, coloca-se em risco, inclusive, o futuro da humanidade, de modo que princípios inerentes à proteção ambiental devem prevalecer frente a interesses econômicos, na medida das limitações a estes impostas por aqueles, a fim de preservar o verdadeiro sentido da Constituição.

Portanto, a questão proposta é extremamente complexa, mas a solução passa pela teoria de Dworkin da única resposta correta, a fim de eliminar a aparente contradição e manter a integridade do ordenamento jurídico, construindo respostas constitucionalmente adequadas para resolver os problemas jurídico-constitucionais envolvendo meio ambiente e outros princípios aparentemente conflitantes e promovendo a efetividade das normas ambientais, e assim trazer soluções adequadas para os problemas que a complexidade da vida na sociedade moderna exige: os princípios de proteção ambiental devem ser lidos em conjunto com os princípios da ordem econômica, e não em contraposição.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquematisado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2013.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AZEVEDO, Damião Alves de. *Texto complementar: Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 40 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>> . Acesso em: 15 abr. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 16 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>

br/ccivil\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 487 MC. Relator(a): Min. Octavio Gallotti. Brasília, 09 maio 1991. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346416>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134297. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 1995. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207731>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22164. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1516-MC. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 06 mar. 1997. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347107>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1952 MC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 ago. 1999. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347347>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 300244. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 20 nov. 2001. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260498>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540-MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 set. 2005. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Brasília, 19 dez. 2007. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3378. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Brasília, 09 abr. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534983>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; MORATO LEITE, José Rubens. (organizadores) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 25 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. *Texto-base 6: Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 13 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

\_\_\_\_\_; SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 5: Limites internos e externos e o "conflito de valores"*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 15 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CIRNE, Mariana Barbosa. *Texto-base do Módulo I: DIREITO AMBIENTAL - Desvendando sentidos do Capítulo sobre o Meio Ambiente da Constituição de 1988*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 101 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=367>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Texto complementar: As ambições do direito para si próprio*. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. 1985. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 12 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_; MORITA, Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FRACALOSSI, William; FURLAN, Anderson. *Direito Ambiental*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. V I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. V II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Texto complementar: O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? in Era das Transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.152-73 Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 21 p. (Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER; Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 5 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2 .ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) *Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. (org.) *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 2: Teorias Jurídicas Positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 17 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Texto-base 3: Razão prática, Moral e Direito – uma leitura contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013, 14 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Texto-base 4: A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 10 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Constitucional do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Fundamentos de Direito Ambiental*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.