

Jeferson Dytz Marin
Mateus Lopes da Silva

DECISÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL



DECISÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Jeferson Dytz Marin e Mateus Lopes da Silua

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Presidente:
José Quadros dos Santos

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:
Evaldo Antonio Kuiava
Vice-Reitor:
Odacir Deonísio Gracioli

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação:
Juliano Rodrigues Gimenez

Pró-Reitora Acadêmica:
Nilda Stecanela

Diretor Administrativo-Financeiro:
Candido Luis Teles da Roza

Chefe de Gabinete:
Gelson Leonardo Rech

Coordenadora da EducS:
Simone Côrte Real Barbieri

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldo Rech (UCS)
Asdrubal Falavigna (UCS) – presidente
Cleide Calgaro (UCS)
Gelson Leonardo Rech (UCS)
Jayme Paviani (UCS)
Juliano Rodrigues Gimenez (UCS)
Nilda Stecanela (UCS)
Simone Côrte Real Barbieri (UCS)
Terciane Ângela Luchese (UCS)
Vania Elisabete Schneider (UCS)

DECISÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Jeferson Dytz Marin

Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UCS. Advogado, Sócio-Fundador da Marin Advogados Associados. Doutor (Unisinos) e Mestre (Unisc) em Direito. Líder do Grupo de Pesquisa (CNPq) Alfajus – Jurisdição e Ambiente, que registra esforço de cooperação com a Pace Law School – Nova Iorque-EUA e Università di Padova-ITA. Professor convidado em cursos de MBAs e pós-graduação em diversas instituições, dentre as quais a Universidade de Coimbra-Portugal, Escola da Magistratura Federal – Esmafe, Unisinos, Unifra, Fadisma, UFSM, Unoesc e IEM. Autor dos livros *Relativização da coisa julgada e inefetividade da jurisdição* (Juruá, 2015), *Crise da jurisdição e decisionismo em Alexy* (Juruá, 2015) e coordenador da coleção *Jurisdição e Processo* (volumes I, II, III e IV) (Juruá), dentre outros. Ainda, pela EDUCS, duas obras, *Estado, meio ambiente e jurisdição* (2012) e *As razões da crise da jurisdição na teoria de Ovidio Baptista da Silva* (2017) e, pela FURG, *Jurisdição ambiental: a influência da jurisdição italiana e do sistema inglês no processo ambiental brasileiro* (2019) e *Processo ambiental: características da tutela específica e temas essenciais* (2019).

Mateus Lopes da Silva

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas-RS. Especialista em Direito Processual Civil e Habilitação para Magistério Superior. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul e Doutor em Educação Ambiental para Processos Decisórios pela Fundação Universidade de Rio Grande, com aperfeiçoamento em Justice na Harvard University. Foi Secretário Municipal de Qualidade Ambiental da Prefeitura Municipal de Pelotas-RS (2008-2011). Atualmente é professor na Universidade Federal de Pelotas-RS, na Faculdade de Direito.



© Jeferson Dytz Marin e Mateus Lopes da Silva
Imagem da capa: O Júri (1861), por John Morgan

Revisão: Izabete Polidoro Lima
Formatação e paginação: Mateus Pasinato Scopel

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

M337d Marin, Jeferson Dytz
Decisão em matéria ambiental / Jeferson Dytz Marin, Mateus Lopes da
Silva. – Caxias do Sul, RS : EducS, 2020.
119 p. il.; 21cm

Apresenta bibliografia.
ISBN 978-65-5807-006-1

1. Direito ambiental. 2. Desenvolvimento sustentável. 3. Jurisdição. I.
Silva, Mateus Lopes da. II. Título.

CDU 2. ed.: 349.6

Índice para o catálogo sistemático

1. Direito ambiental	349.6
2. Desenvolvimento sustentável	502.131.1
3. Jurisdição	347.98

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Carolina Machado Quadros – CRB 10/2236.

Direitos reservados à:



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul
Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do
Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Telefone/Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR (54) 3218 2197
Home Page: www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br



Creio que os animais veem no homem um ser igual a eles que perdeu de forma extraordinariamente perigosa o seu intelecto animal. Veem nele um ser irracional que ri, chora. Um animal infeliz.

Friedrich Nietzsche

Sumário

Prefácio	9
Apresentação	11
Limites e possibilidades da decisão em matéria ambiental	17
Introdução	17
1 A decisão em sentido amplo e o contexto ambiental: reflexão jurídico-social.....	18
2 Limites da decisão	23
3 Possibilidades da decisão.....	30
Considerações finais	43
Contributos da tutela jurisdicional à tutela administrativo-ambiental	45
Introdução	45
1 Contexto histórico da inter-relação social na pós-modernidade.....	47
2 O direito como instrumento de pacificação social.....	51
3 Garantias constitucionais processuais.....	58
Considerações finais	65
Jurisdição ambiental e teorias da decisão: uma leitura a partir de Ovídio Baptista e John Rawls	67
Introdução	67
1 O direito do Estado liberal	68
2 Incerteza e verossimilhança.....	79
3 Justiça administrativa no Brasil	85

3.1 Proposta de justiça administrativo-ambiental.....	90
Considerações finais	92
O Estado Socioambiental: a afirmação de um novo modelo de Estado de Direito no Brasil	95
Introdução	95
1 O surgimento de um novo modelo de Estado de Direito no Brasil.....	96
1.1 O ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental	99
1.2 Os princípios da solidariedade e da equidade intergeracional.....	101
1.3 A crise ambiental	103
2 A perspectiva e os objetivos do Estado de Direito Socioambiental no Brasil	104
3 A efetivação de um Estado Democrático de Direito que contemple o meio ambiente	106
3.1 Estado e sociedade	110
Considerações finais	112
Referências	115

Prefácio

O Estado Democrático de Direito, conforme temos afirmado de maneira reiterada,¹ está obrigado a prestar a tutela jurisdicional sempre que exercido o direito constitucional de ação pelos seus jurisdicionados, conforme dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Consagra-se destarte o princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição, ou seja, quando provocado, o Judiciário está obrigado a dizer o direito com a finalidade de organizar a segurança jurídica, através da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Juntamente com esse princípio, encontramos o do devido processo legal, que é o norteador do ordenamento jurídico como um todo.

Em face disso e com o advento da formação jurídica dos direitos difusos, consequência inevitável da rebelião das massas, como anteviu Ortega y Gasset, ou da multiplicação dos direitos, como dizia Bobbio, ou ainda da massificação social, a que aludia Cappelletti, que escapam de qualquer definição do ortodoxo sistema público, em contraste com o privado porquanto existente um abismo entre eles, não há mais que se falar na possibilidade de se usar o ortodoxo sistema liberal individualista, ainda previsto em nosso Código de Processo Civil, para dirimir os conflitos de massa.²

Daí a necessidade de ratificar nossa interpretação³

¹FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito processual ambiental brasileiro: a defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

²FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

³FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito processual ambiental brasileiro: a defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

destacando que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é trazido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao enunciar: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com isso, consagrou-se o direito de ação e defesa (porquanto ao postulante assiste o direito de propor ação e ao réu, o de contestá-la), um direito público e subjetivo de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional, uma vez que ele chamou para si a função de se fazer substituir aos conflitos, dirimindo-os. Sedimenta-se naquele inciso, ainda, o princípio do livre acesso à justiça. Entretanto, essa garantia só faz sentido, quando o próprio Estado fornece mecanismos adequados e efetivos para sua aplicação.

Tendo em vista essa necessidade, conjugada com a previsão constitucional trazida pelo art. 5º, XXXII, é que se procurou possibilitar, de forma ampla, irrestrita e eficaz, o acesso à justiça para a defesa dos interesses coletivamente considerados. Por via de consequência, como lembram os autores da presente obra: “em se tratando dos dispositivos constitucionais, relevante mencionar que a Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe avanços quanto ao tratamento da matéria relativa ao ambiente, corroborando a legislação infraconstitucional ambiental e conferindo *status* de direito fundamental ao ambiente. Da mesma forma, ampliou o rol de direitos fundamentais e se consagrou como Estado Democrático de Direito”.

Assim, exatamente no sentido de destacar a abrangência do direito processual ambiental, no âmbito do Estado Democrático de Direito, registro com satisfação a edição da presente obra **DECISÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL**, competente e doutrinário trabalho dos estimados colegas-docentes Jeferson Dytz Marin e Mateus Lopes da Silva.

Trata-se de obra preocupada “com a manutenção da vida no planeta em razão da crise ambiental” destinada a desenvolver, na visão dos autores “terminologias que sugerem um Estado Democrático de Direito, no qual sejam contempladas as dimensões social e ambiental” e por via de consequência

objetivando a finalidade maior da interpretação do direito ambiental brasileiro, contida no art. 1º, III, de nossa Carta Magna, a saber, assegurar a dignidade da pessoa humana.

Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Advogado militante no âmbito do direito empresarial ambiental, é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil, sendo também Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor na Escola da Magistratura Federal da 1ª Região (Amazonia Legal), Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca (Espanha) e Miembro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido Iudicium (Espanha). Professor convidado e visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (Portugal) e da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli (Itália). Professor no Programa de Mestrado em Direito da Uninove-SP (Brasil).

Apresentação

A presente obra aborda a jurisdição ambiental, no âmbito contencioso e administrativo, com foco na teoria da decisão e na afirmação do Estado Socioambiental, carregando o principal propósito de emprestar contribuições para a busca da qualificação dos processos decisórios ambientais.

No primeiro capítulo, tem-se que a consecução regular dos preceitos propugnados, na carta fundamental do Estado Democrático Socioambiental de Direito, é árdua e trabalhosa, pois cada uma das práticas deve ser justificada e lastreada por um arcabouço normativo peculiar, para que assim os personagens institucionais possam atuar de maneira segura e regular. Mas essa atuação acontece por meio de qual processo? Por intermédio da decisão. Dessa forma, esta comunicação procura dissertar sobre tal procedimento, evidenciando a maneira pela qual ela é erigida, retratando suas limitações e expondo as possibilidades que seu uso proporciona à sociedade. Tal reflexão é construída tendo em vista a interação de tal procedimento com as garantias constitucionais e processuais, que repercutem tanto no meio judicial, como no administrativo. Ao fundo, como marco essencial, contextualiza-se tal discussão com a perspectiva ambiental e enfrenta-se o conjunto de características que deve diferenciar a tutela ambiental. A utilização demasiada dos recursos serve como base para grandes discussões. Ao mesmo tempo em que se reconhece ao cidadão o direito de usufruir do ambiente que o cerca, impõem-se lhe deveres, no sentido de garantir-se a utilização racional dos recursos ambientais. Apesar da existência de uma vasta legislação ambiental, o tema exige maiores mecanismos de controle, visando a proteção e garantia dos recursos naturais.

No segundo capítulo aborda-se a tutela administrativa ambiental. Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988 proporciona os fundamentos para a atuação dos agentes e

órgãos do Estado brasileiro. No corpo da Lei Magna existem disposições diversas, dentre as quais o arrolamento de garantias para a implementação de um processo republicano e idôneo para a resolução de problemas, seja no âmbito judicial, seja no administrativo. O Estado brasileiro é uma federação, assim, possui diversos núcleos para tomadas de decisão, sendo um deles o município. Este tem a prerrogativa de tomar decisões de interesse local, por meio de seus instrumentos institucionais. Dessa forma, esta comunicação avalia se as garantias processuais erigidas na Constituição Federal podem ser utilizadas como baluartes para a consolidação de um processo administrativo ambiental municipal, arrefecendo a intervenção constante do Judiciário e passando para outras unidades de poder a tomada de decisão sobre diversos temas, dentre os quais a questão ambiental.

Por sua vez, o terceiro capítulo, intitulado “Jurisdição ambiental e teoria da decisão: uma leitura a partir de Ovídio Baptista da Silva e John Rawls”, através de uma análise histórica e filosófica do pensamento jurídico moderno e pós-moderno, aborda questões que confrontam a degradação ambiental atual com o projeto político liberal. Partindo-se da filosofia cartesiana e da lógica racionalista formal decorrente, procura-se demonstrar a perniciosa influência nas concepções atuais da teoria do direito. Nessa esteira, arquiteta-se dura crítica às teorias meramente normativas, a fim de demonstrar que as questões socioambientais reclamam uma postura questionadora da Ciência Jurídica.

O capítulo de desfecho da obra, que cuida do modelo do Estado Socioambiental, entende ser imperiosa a constituição de um novo modelo de Estado Democrático de Direito no Brasil, que contemple as dimensões social e ambiental. Nessa esteira, é possível concluir inicialmente que as legislações constitucional e infraconstitucional vigentes no País contemplam e asseguram os direitos sociais e os direitos ambientais. Especificamente na esfera ambiental, cabe destacar a previsão do ordenamento que traz a atribuição de deveres ao Poder

Público e à sociedade, porém também confere direitos às presentes e às futuras gerações, com destaque ao princípio da solidariedade. Diante disso, infere-se que, independentemente da nomenclatura utilizada para demonstrar o modelo de Estado de Direito vigente, é necessário reconhecer que a terminologia adotada somente atinge seu objetivo, quando a legislação estiver revestida de eficácia e aplicabilidade, aliada à mudança de paradigma relacionada à forma como o homem percebe e interage com a natureza.

Espera-se, com os temas enfrentados, alcançar-se a pretensão nevrálgica do presente trabalho, que é a de desvendar algumas das questões fulcrais que impedem o exercício efetivo da tutela ambiental e, por outro lado, reconhecê-la como algo diferenciado, com características próprias e que reclama proteção específica, porque abriga direitos transindividuais e intergeracionais.

Os Autores.

1

Limites e possibilidades da decisão em matéria ambiental

Introdução

A decisão é elemento marcante à atuação dos agentes públicos. Sem ela, não existe qualquer encaminhamento administrativo-institucional. Ela, no decorrer da história foi erigida por diversos fundamentos, sendo que a partir da sua conformação formal causaram desencantamentos e iniquidades, porque verdade e falsidade tiveram de ser assimiladas pelo Direito. O emprego da decisão formal, tanto na seara jurídica como política produziu decisões insensatas, por conseguinte inúteis à pragmática.

Assim, coube aos operadores do direito buscar uma solução possível para conformar a decisão à realidade pragmática, sem perder os freios e contrapesos propugnados pelo direito. Tal feito foi alcançado pelo emprego da lógica do razoável produzindo uma decisão mais verossímil do que eminentemente certa. Destaca-se que as regras ou princípios, assim como as decisões públicas formalmente processadas (precedentes), não possuem validade intrínseca; são interpretadas e aplicadas com esteio em valores, tais como: justiça, igualdade, liberdade e agora: equilíbrio ambiental. Para a promoção da proteção e defesa de diversos valores, dentre os quais o ambiental, as regras, princípios e precedentes jurídicos devem ser compreendidos como utensílios possíveis de serem utilizados para produzir o equilíbrio ecológico certificado na Constituição Federal, mas não como um remédio para todos os males.

Dessa forma, este trabalho investiga como a decisão é lapidada no universo jurídico tendo por foco primordial a decisão sobre questões ambientais. Objetiva analisar os

limites e as possibilidades de tal procedimento, retratando peculiaridades que conformam consecução, como os freios constitucionais, a discricionariedade e as dificuldades de interpretação factual. Tal decisão não deve ser entendida apenas como oriunda de procedimento judicial, mas também aquela advinda do contexto administrativo, uma vez que o Estado atua tanto em nível judicial como administrativo.

O método utilizado para o desenvolvimento deste trabalho recai sobre o descritivo, sendo que sua construção teórica está lastreada nas reflexões de Dworkin, Ovídio Baptista e Marin.

O primeiro capítulo, indica de maneira ampla as bases fundantes da decisão, contextualizando que existe uma necessária interação dela com as práticas do Estado brasileiro, vislumbrando, concomitantemente, a perspectiva com a decisão em matéria ambiental; no capítulo seguinte, apresenta os limites da decisão, destacando que tais turbacões encontram guarida nas contingências do decisor – aspectos culturais e de formação pessoal –, na capacidade material dos seres humanos – matriz de compreensão dos fatos – e nas garantias constitucionais que fundamentam – princípios e procedimentos; no final, revela quais são as possibilidades da decisão no universo jurídico, esmiuçando pontos de interferência no meio ambiente e na sociedade.

1 A decisão em sentido amplo e o contexto ambiental: reflexão jurídico-social

Toda a decisão público-ambiental deve visar o restabelecimento do equilíbrio ecológico num nível saudável para o ambiente holístico. Neste sentido a lógica formal que se propõe a explicar conexões entre ideias, pelo emprego do método da inferência, não aborda os sentidos e nexos entre as significações culturais, haja vista que a inferência não se presta para produzir conhecimento válido nas ciências não exatas, por isso ela é imprópria para a

produção da decisão ambiental. É que as previsões abstratas previstas na lei não contêm plenitude de sentido, antes de serem aplicadas na realidade da vida concreta. Por isso a lógica necessária à defesa ambiental tem que considerar a finalidade do ato decisório inicial definido, qual seja: defesa ambiental. A lógica da decisão tem que ser sensível ao fim a que se propõe, ou seja, tem que haver mesmo sentido entre a lógica da decisão e a defesa ambiental buscada por ela. O direito se completará somente na ação administrativa realizada para a defesa ambiental em concreto e não na previsão abstrata. Nessa senda, o direito é somente um instrumento que terá sentido quando da realização da decisão, pois não possui um fim em si mesmo.

A decisão público-ambiental não atuará no campo das evidências, mas onde existem inúmeros fatores a considerar e escalonamento de valores tidos como mais corretos de serem empregados. Deverá conter uma adequação histórica de modo a compatibilizar a solução com o momento histórico (contexto) presente e futuro, quando a ação irá produzir resultado, de onde são retiradas as informações necessárias, para aferir as condições reais de eficácia das escolhas contidas no mérito decisório. É que nada adianta uma decisão que crie uma norma para regular o caso concreto que não seja viável e praticável, no momento de sua concretização. A decisão ecológica não pode ser ineficaz, nem criar mais outros problemas ecológicos.

Nesse sentido, a lógica do razoável e do verossímil permanece aberta ao mundo concreto, reconhecendo sua contingência e complexidade, por isso contempla a necessidade da adequação entre ato e finalidade e se nutre não apenas da razão humana do decisor, mas também das experiências alheias dos participantes no processo.

As teorias da decisão mais adequadas à tutela ambiental e administrativa são aquelas que romperam com a lógica clássica e por isso possibilitaram um pensamento jurídico pautado pela hermenêutica, que reconhece um espaço para o uso da discricionariedade, mas requer que a decisão

pública seja legitimamente fundamentada. A partir disso, a decisão deverá ser influenciada por interessados e pela realidade concreta do *mundo do ser*, impregnando-se pelos valores políticos, sociais e por aqueles permitidos pelo texto constitucional, sem jamais se deslocar do propósito e da finalidade ecológica.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito⁴ que exerce o poder sobre o povo, através das funções independentes e harmônicas entre si, quais sejam: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.⁵ Este poder é exercido a partir do paradigma formal da igualdade perante a lei, que se dirige a todos sem distinção de qualquer natureza, tanto que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Neste passo, a Constituição Federal impõe que a *administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá ao princípio da legalidade*, entre outros.

A partir desses dispositivos constitucionais, a doutrina nacional passou a produzir um indevido pensamento jurídico legalista. O que pensa Di Pietro:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite [...]. Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei.⁶

Com o passar do tempo, os problemas de interesse público, produzidos pela sociedade pós-moderna, passaram a decorrer

⁴ **Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

⁵ **Art. 2º.** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. *op. cit.*

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 82.

de causas cada vez mais complexas e remotas, demandando decisão e ação públicas melhor elaboradas. Esses atos administrativos produziram o alargamento necessário da discricionariedade dos agentes públicos, haja vista demandarem maior conhecimento técnico-científico produzido por ciências não jurídicas. Tudo isso aumentou a possibilidade de escolhas e soluções válidas perante o Direito. Essa ascensão da discricionariedade frente aos casos concretos complexos força a redução e relativização do núcleo essencial do princípio da legalidade frente à Administração Pública.

Ciente dessa nova realidade, o constituinte reformador, através da Emenda Constitucional n. 19, introduziu, expressamente, na Carta Magna o dever do Estado de permitir a participação direta da coletividade na Administração Pública direta e indireta. Veja-se o art. 37, parágrafo 3º “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”. Esta participação necessária da coletividade está intimamente relacionada com a “processualização” do direito administrativo, especialmente com a exigência do devido processo constitucional democrático.

A realidade verificada no *mundo do ser* e verificada na Constituição Federal reconhece a crise da lei formal e passou a requerer um novo pensamento jurídico, divorciado do pensamento jurídico liberal exegético atrelado à lógica formal cartesiana, que visava reduzir a decisão e ação da Administração à reprodução exata da lei. A legalidade constitucional, a *justiça constitucional*, visa promover o diálogo institucional entre os poderes; reservar ao Poder Legislativo a função primária de legislar e visa fixar diretrizes às políticas setoriais, inclusive na seara ambiental. Este pensamento jurídico que rompe com a *justiça legal* reconhece um espaço virtuoso para os Poderes Executivo e Judiciário, no desenvolvimento e na concretização do Estado Socioambiental.

Os problemas ambientais locais da sociedade brasileira contemporânea exigem do agente público o conhecimento técnico não jurídico na resolução dos novos desafios

impostos à Administração Pública que vão além das previsões legais abstratas elaboradas *a priori*. Obviamente, não se defendendo que seja dado um “cheque em branco” para o Estado-Administração, mas defendendo o reconhecimento de elevar a valorização do diálogo institucional entre os poderes com a coletividade.

O julgador tem o dever de prestar contas de sua decisão (*accountability*). A jurisdição, assim, precisa ser controlada, como forma de asseguuração da plenitude democrática. E esse controle, naturalmente, não deve vir por intermédio de embargos declaratórios, que acabaram por semear um certo consenso de que decisões “mal fundamentadas” existem e impõem a necessidade da convivência. A chancela materializa-se no reconhecimento da decisão como um “ato de responsabilidade política” do Juiz – como quer Dworkin.⁷

É fora de dúvida que a compreensão clássica da Administração Pública, como *bouche de la loi*, criada pela corrente de pensamento liberal, que defende que a ela deva atuar da forma mais mecânica possível, aplicando as leis editadas pelo Poder Legislativo foi superada. O labor público reclama uma atitude hermenêutica do agente a cada dia mais.

Para romper com essa ideia de formalismo jurídico, é necessário reconhecer que o discurso jurídico está firmado em axiomas estabelecidos a partir dos conceitos admitidos como válidos, aceitando-se que a verdade obtível é sempre relativa. Certamente que o pensamento dogmático é fruto da formação acadêmica dos juristas, porquanto tem como paradigma

⁷ MARIN, Jeferson Dytz. **A influência da universalização conceitual na efetividade da jurisdição**: teorias da decidibilidade, (des)coisificação do caso julgado e estandarização do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 24. Disponível em: http://btd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2011-0316T102302Z1348/Publico/JefersonMarinDireito.pdf. Acesso em: 5 jul. 2012.

fundante a repetição sintomática que firma uma dependência epidêmica da lei, formando eternos alimentadores dessa vetusta prática alienada. Como afirma Ovídio Baptista: “A aceitabilidade racional, expressa pelo *verossímil* no pensamento clássico, deve tomar o lugar da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas”.⁸

Por tudo isso, a ação pública e o ato administrativo, constitucionalmente, adequados devem ser ações de inteligência e não apenas um ato mecânico reprodutor de regulamentos fiéis à lei, ela deve ser ao mesmo tempo um produto da razão humana e da vontade soberana constitucional da Nação.

2 Limites da decisão

Todas as decisões públicas trazem as *marcas* do agente decisor, suas defecções decorrentes da condição humana, haja vista que a perfeição não é humana, bem como traz a complexidade do objeto sobre o qual se decide. Assim qualquer decisão será marcada por ideologia e contingência. A certeza é que a dúvida estará sempre presente, porque decorrente das contingências naturais do mundo do ser. Tal assertiva pode ser exemplificada a partir da compreensão do *problema da análise da questão ambiental* que será objeto da decisão e determinará seu mérito. Imaginem-se os lixões existentes nos municípios do Brasil: Qual é o problema? Será a contaminação do solo, o excesso de embalagens *one way*, ausência de logística reversa, o descarte irregular, a solidão do consumidor, seu sofrimento aplacado pelo prazer efêmero de consumir?

A partir desta constatação, é necessário aclarar que toda a decisão possuirá limites materiais próprios da capacidade de análise humana do problema a ser resolvido;

⁸ MARIN, *op. cit.*, p. 85.

entretanto, todo o processo decisório contido nos autos do processo administrativo-municipal deverá relatar o método de análise e aproximação ao problema, seu exame e sua compreensão. Na seara administrativo-ambiental, esta tarefa deverá ser realizada por equipes multidisciplinares formadas por agentes públicos e pela coletividade, com conhecimento técnico-científico ou experiência na área do “problema”. Nesse sentido, os ensinamentos de Gadamer são imprescindíveis para a compreensão de que o método empregado na produção de conhecimento científico sempre produzirá um conhecimento incompleto e limitado, por conseguinte, da mesma forma, jamais a decisão pública será capaz de produzir “a verdade”.

Sempre parte da problemática restará encoberta, porque o conhecimento produzido restará limitado pelo método empregado. Também por estas razões, afirma-se que o pensamento positivista e legalista pode beirar o irracional. Neste sentido é preciso visualizar o que de *fundo* (objeto) a burocracia tem em vista, quando decide. Sempre haverá pontos do problema malcompreendidos ou maldescritos, gerando limites ao mérito decisório, por conseguinte a categoria da *verdade* perde definitivamente espaço para a categoria do *verossímil* de Ovídio Baptista da Silva.

É indiscutível haver também na ciência do direito e na filosofia do direito critérios de verossimilhança, de evidenciação, de falsificação e, assim, uma base para uma *argumentação* “razoável” bem como para um “consenso intersubjetivo”. Daí fazer sentido, afinal, falar, também aqui, de “conhecimentos” e de “ciência”. É claro que, nestes domínios, não existe uma “racionalidade” no sentido de exatidão matemática. No entanto, isto não quer dizer que aí se proceda “irracionalmente”. Uma investigação também não é irracional por se ocupar de fenômenos que, pela sua parte, não são inteiramente racionais. Assim, a hermenêutica jurídica é uma ciência plenamente

racional, se bem que – não: precisamente porque não trata o processo de determinação do direito como uma pura conclusão lógico-formal, mas como um processo muito mais complexo, que também compreende momentos produtivos, dialéticos, porventura até intuitivos. Irracional é fechar os olhos perante estes momentos. Uma ciência não pode, naturalmente, colocar-se em confronto com a lógica. Mas uma ciência que não se ocupa apenas do formal, tem de ir para além da pura lógica formal.⁹

Hodiernamente, os múltiplos temas que compõem o mérito da decisão ambiental são crescentes, complexos e cada vez mais sofisticados. Com os avanços da tecnologia, a compreensão dos problemas ambientais decorrentes se torna mais exigente e difícil. Todo este ambiente de complexidade e sofisticação epistemológica *permite* diversas e diferentes compreensões sobre as escolhas possivelmente certas, haja vista que o agente que decide *interpreta o problema, o texto e o contexto* no qual decide. Tudo isso impõe a discricionariedade na decisão definitivamente. O mérito decisório decorre, assim, da ambivalência das escolhas ambientais possíveis, assim como dos conflitos de entendimento e da contradição nos saberes envolvidos. O mérito decisório nasce da dúvida e do conflito. Sem conflito de ideias não há necessidade de decisão. O agente que decide está inserido, portanto, num ambiente onde coexistem várias opções, desejos e vontades igualmente válidas. A partir desta complexidade, o agente que decide a matéria ambiental deve observar as particularidades do caso concreto e o contexto em que o mesmo está inserido, bem como o contexto em que o mérito de sua decisão irá produzir consequências.

Decidir é um ato de inteligência e não um ato de repetição mecanizada de dogmas, regras ou decisões passadas.

⁹KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 98.

A realidade aferida, considerando a problemática ambiental, exige uma nova forma de (re) pensar as decisões públicas. É preciso resgatar a *tópica aristotélica*, como método possivelmente adequado de equacionar os novos problemas.

O pensar tópico como forma de argumentação diferencia-se da dogmática. Pois a dogmática parte de pontos de vista indiscutíveis e inegáveis, enquanto a tópica vale-se de pontos de vista abertos à discussão, já que são tentativas de compreensão e não uma certeza absoluta. Assim, o próprio dogma é possível de ser questionado.¹⁰

A decisão pública deve abolir dogmas e abeberar-se de pontos de vista aceitáveis e pertinentes ao problema a ser solucionado. Impõe-se a (re) utilização dos raciocínios dialéticos, haja vista que, na decisão público-ambiental local, há mais de um problema coexistindo, quais sejam: a ideologia do decisor, a complexidade do objeto e a existência de mais de uma resposta certa. Nesse sentido, é necessário que a decisão parta de opiniões razoáveis e aceitas (e não de dogmas), ainda que conflitantes, a fim de se chegar a uma decisão melhor, trilhada pelo diálogo aberto e plural.

Para Aristóteles a dialética é simplesmente o procedimento racional não demonstrativo; dialético é o silogismo que, em vez de partir de premissas verdadeiras, parte de premissas prováveis, geralmente admitidas. Provável, diz Aristóteles, é o que parece aceitável a todos, à maioria ou aos sábios, e, entre estes, a todos, à maioria ou aos mais notáveis e ilustres. Por extensão, Aristóteles chama de dialético também o silogismo erístico, que parte de premissas que parecem prováveis, mas não são.¹¹

¹⁰ BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 407.

¹¹ ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins

A partir deste *método de trabalho* é que deverão ser cotejadas as escolhas sugeridas no processo decisório pelos agentes públicos e pela coletividade, as quais determinarão o mérito da decisão. Nessa esteira, todos os envolvidos são responsáveis pela decisão público-final, por conseguinte é necessária uma fundamentação legítima, a fim de demonstrar a justificação racional das escolhas havidas. “Se não podemos exigir que o governo tenha as respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza destes direitos.”¹²

Durante as fases do processo, o conjunto de escolhas realizadas pelos agentes públicos é que determina o mérito da decisão. Disso evidencia-se que simples escolhas podem determinar o acerto da decisão final, assim, toda escolha é importante e importa em ato de inteligência e responsabilidade. Neste sentido, todas as decisões ambientais municipais devem decorrer de parecer técnico amplamente discutido, porque uma escolha desavisada pode produzir enorme passivo ambiental, cite-se, por exemplo, a coerção estatal para a realização de troca de sacolas de plástico por sacos de papel: qual delas gerará maior impacto? A responsabilidade pelas escolhas é que conduz a necessária fundamentação com a justificação racional destas escolhas. Será arbitrária a decisão eivada de subjetividade injustificada, na qual argumentos vagos e inespecíficos procuram alimentar a exigência constitucional de fundamentação; afinal, o sujeito que decide deve prestar conta de sua decisão.

Destarte, a decisão administrativo-ambiental deve conter informações expressas que deem conta da trajetória de formação da convicção do agente público. É imprescindível explicar a forma e o conteúdo das escolhas pela qual se tomou a decisão final. Este é o dever constitucional de qualquer agente público que decide: fundamentar

Fontes, 2007. p. 271.

¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 286.

legitimamente sua decisão, explicando o problema e o motivo das escolhas que visam sua solução e alcance da finalidade ecológica. A fundamentação deverá ser produzida de forma aderente ao fato concreto (problema ecológico) em linguagem inclusiva, distanciada de modelos decisórios *apriorístico*, editados para fundamentarem casos pretensamente iguais, o que provoca decisionismos e iniquidades.

É certo que outras decisões sempre serão possíveis, porque a decisão decorre de um ato de interpretação e busca de sentido, razão pela qual o agente decisor deve refletir sobre todas as outras decisões possíveis aventadas, bem como justificar o conhecimento de suas consequências. O cotejamento (confronto) entre o conjunto de decisões possíveis para o mesmo caso concreto faz pressupor-se que a decisão finalmente escolhida seja a melhor para o caso concreto, considerando que, a partir das discussões havidas pelos técnicos científicos e conselhos municipais ambientais, a preferência se deu pela decisão que contemplou melhor a complexidade do mérito e do ato de decidir. “Sem dúvida, um governo responsável deve estar pronto para justificar o que quer que faça, particularmente quando isso restringe a liberdade dos seus cidadãos”.¹³

Este é o momento de desfazer o equívoco de Dworkin ao identificar positivismo com arbítrio [...] a causa eficiente para o arbítrio, ao menos em nosso processo civil é a natureza declaratória da jurisdição, que dispensa os juízes de fundamentar as sentenças e os tribunais de fundamentarem seus acórdãos. Mas além da constatação indesmentível de que as sentenças arbitrárias são frutos da ausência de fundamentação [...].¹⁴

Assim, percebe-se que a decisão formalmente acertada exige uma fundamentação legítima, que consiste na justificação

¹³ DWORKN, *op. cit.*, p. 293.

¹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 29.

racional das escolhas possíveis havidas, sendo, além disso, um mergulho nas particularidades do caso concreto, inserido num contexto histórico e físico a ser considerado. Jamais o agente decisor poderá justificar sua decisão na sua consciência.

De outra banda, a correção técnica do mérito decisório será determinada pelos critérios utilizados que implicaram nas escolhas contidas na decisão, em função das metas estabelecidas. Cite-se, por exemplo, segundo Campelo,¹⁵ a baixa densidade de cobertura vegetal no município por habitante (menor do que 12m²). Este problema ambiental só pode ser resolvido a partir de plantios de novas árvores no município. Assim a aplicação do critério quantitativo e qualitativo demonstra a razoabilidade da decisão. Normalmente, os fundamentos científicos razoáveis satisfazem (limitadamente) a necessidade de correção técnica da decisão. O agente deve orientar sua decisão para a maximização das vantagens ecológicas possíveis e provavelmente esperadas. Esta aferição se dá a partir do emprego da *razão prática*, que procura verificar se a decisão proposta é eficaz para atingir a meta estabelecida a posteriori, que é a proteção ambiental em nível satisfatório.

Diante da complexidade, é fundamental que todos os envolvidos no mérito decisório estejam sempre abertos a receber contribuições, a fim de melhor analisarem e examinarem os problemas ambientais. Isso possibilita ao Poder Público vislumbrar escolhas e decisões alternativas, visando o aperfeiçoamento das consequências e dos resultados reais. O foco deve ser centrado nas discussões, como forma de participação democrática e republicana na decisão, que, ao ser fundamentada, se revela não arbitrária e legitimada pela discussão plural.

A lógica de se justificar a decisão simboliza a tentativa de torná-la aceitável, mediante a indicação dos problemas presentes e futuros, bem como das razões técnicas e jurídicas, ou seja, agente aplicou os conhecimentos pertinentes, em

¹⁵ CAMPELO, Célio da Cunha. **Áreas verdes índices que sustenta a vida.** Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/material_apoio. Acesso em: 5 ago. 2012.

conformidade com o direito constitucional ambiental, para solucionar os problemas detectados, a fim de concretizar a promessa constitucional integralmente. Esta justificação técnica e jurídica afasta a arbitrariedade e confere legitimidade material à decisão. Como as razões não possuem validade universal, porque vivemos num contexto plural e incerto, elas estarão suscetíveis a críticas e a possibilidade de aprimoramento e revisão constantes. O ideal é que o mérito decisório *já* jamais fique preso às exigências cartesianas, mas também não caia na arbitrariedade. É preciso que ele seja um ato holístico de inteligência. A partir da fundamentação, a decisão pode sofrer o controle interno do órgão, e externo a ser realizado pela sociedade. Ela viabiliza o controle democrático do mérito técnico da decisão pública.

Percebe-se que o progresso do pensamento jurídico tornou o direito mais especializado, criando novos espaços de reflexão cada vez mais precisos, como o direito ambiental, que, por sua crescente especialização, tornou seus contornos epistemológicos cada vez mais indeterminados. Isso se deve ao fato de haver constante aprimoramento de todas as outras ciências envolvidas com a questão ambiental, decorrentes do melhoramento tecnológico constante. As democracias têm criado contextos mais complexos e sofisticado, culminando em acréscimos de exigências racionais para as decisões. Isso exige constante aperfeiçoamento das instituições que decidem, seja através da qualificação da burocracia, seja pela abertura a contribuições externas de cidadãos interessados.

3 Possibilidades da decisão

A nova ordem constitucional permitiu a emancipação do raciocínio jurídico, fulminando a lógica reducionista imposta pelo positivismo. Toda a atividade pública deve elaborar normas jurídicas fundamentadas, capazes de resolver os problemas concretos e não apenas conformes ao direito legal. A decisão tem que estar relacionada com

a solução do problema público, por isso ela decorre de um processo participativo. A decisão pública é um processo racional que ocorre num processo constitucional, por conseguinte não é um ato de outorga para execução. A decisão traz conteúdo moral e ético, porque o agente que decide não é neutro ou *desideologizado*, por isso o raciocínio técnico-científico e jurídico que produz a decisão administrativo-ambiental não obedece à mecânica do raciocínio exato, pautado pela lógica formal dedutiva. A decisão apropriada para construir o município socioambiental não nasce da dedução como pregava o racionalismo clássico.

O raciocínio jurídico deve partir do texto e ser engajado no contexto em que o problema ocorre, recebendo toda a contribuição dos fatos humanos calcados nas experiências, nos valores e argumentos plausíveis. O raciocínio jurídico apropriado para o estado ambiental deve harmonizar a justiça dada pelo direito estatal e pelo direito produzido fora da atividade estatal legiferante. A atividade do Estado-Administração deve aproximar a teoria produzida na academia da prática vivida nas secretarias municipais. A decisão ambiental necessária será sustentada pela categoria do verossímil, razoável e equitativo. Esta nova compreensão aposta na lógica não formal comprometida com a justiça, pensada a partir do concreto em direção à lei, e não da lei para o caso concreto.

Tentar subsumir o problema novo à previsão normativa velha produzirá inefetividade cada vez maior. Os problemas reais requerem formulação de decisões ambientais públicas reais, que transpassam os limites da concepção positivista do Direito. Nesta quadra é preciso admitir que o ponto de referência para a decisão não é a norma elaborada *a priori*, mas o fato/problema ambiental que *causa* a ação pública que produz o efeito-solução. O problema público-ambiental é a causa e o motivo da decisão e não a previsão hipotética.

A posição das partes não pode condicionar a decisão, mas deve ser considerada, influenciá-la, compor o

arquétipo de argumentos que a forjará. Hoje, infelizmente, ela tem sido vista de soslaio. É preciso mudar essa realidade. Todos os operadores do direito devem participar da construção da justiça no caso concreto. O julgador não pode se colocar imune às partes e, alicerçado num convencimento pré-concebido, fruto de um verbete ou uma convicção oriunda da “própria consciência” olvidar as provas e os fatos debatidos no processo. É preciso combater o ativismo do juiz, pois arbitrário, mas valorizar o protagonismo do direito. A democracia também está representada no controle da decisão judicial. E essa tarefa cabe à sociedade e à lei (MARIN, 2012, p. 437).

A fim de superar a crise ambiental, é necessário pensar os fatos e as decisões fora da lei, acessando conhecimentos a partir de argumentos razoáveis, que possam gerar os efeitos dinâmicos e ecologicamente pertinentes esperados. As premissas, científicas ou normativas, não podem ser encaradas como sistemas rígidos de opções, mas como modelos de possibilidades decisórias (*standards*). Com tal entendimento, a lei passa a trazer importante contribuição, na medida em que auxilia o agente público a vê-la como um modelo de conduta, sem retirar sua liberdade de interpretação, diante do caso concreto que reclama nova e dinâmica solução.

Em uma democracia, ou pelo menos em uma democracia que em princípio respeita os direitos individuais, todo cidadão tem um dever moral geral de obedecer todas as leis, mesmo que ele queira que algumas delas sejam modificadas. Ele tem este dever para com seus concidadãos que, para seu benefício, acatam leis de que não gostam. Mas este dever geral não pode ser um dever absoluto, porque mesmo uma sociedade em princípio justa pode produzir leis e políticas injustas, e um homem tem outros deveres além daqueles para com o Estado [...] as pessoas têm

o dever de obedecer à lei, mas têm também o direito de seguir sua consciência sempre que esta entrar em conflito com tal dever [...].¹⁶

Como somente a evidência torna desnecessária a argumentação e o debate, pode-se afirmar que a maioria das decisões jurídicas é controversa, haja vista que os contextos e os problemas reais são dinâmicos, e os participantes no processo decisório possuem racionalidades e aderem a morais plurais.

Uma decisão da Suprema Corte continua sendo uma decisão jurídica e deve levar em conta os precedentes e as considerações institucionais, como as relações entre a Corte e o Congresso, assim como a moralidade. E nenhuma decisão jurídica é necessariamente a decisão correta. Os juízes representam diferentes posições quanto a questões controversas de direito e da moral [...].¹⁷

Nesse contexto se avulta a ética e a responsabilidade ecológica na argumentação, limitada apenas pelas evidências ou imposições arbitrárias, mas não por comandos normativos ou precedentes, assim impõe-se o intenso e responsável debate democrático sobre o mérito da decisão, mesmo havendo previsão normativa, e precedentes semelhantes.

Para decidir corretamente, é preciso interpretar a realidade. Precisa interpretar o direito existente, o caso concreto, o meio e os membros que sofrerão os efeitos da decisão. Decidir pressupõe interpretar. O decisor precisa interpretar os fatos históricos precedentes, buscando compreender a sociedade e sua orientação (desejos, motivações, ideologias, racionalidades), suas atuações e os problemas resultantes (considerar o contexto real percebido), bem como a função de sua decisão.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 287.

¹⁷ *Idem*.

Dworkin supõe que as regras jurídicas existem em razão de algum interesse, propósito, valor ou finalidade. No caso do Estado brasileiro, as regras do Estado existem para dar fiel cumprimento aos objetivos e finalidades contidos na Constituição Federal. Ocorre que as finalidades lá escritas são independentes das regras. As regras infraconstitucionais servem às finalidades constitucionais e não o contrário. Assim, pode ser que uma regra não atenda àquela finalidade num dado momento histórico, carecendo que a interpretação lhe dê o sentido necessário ao alcance daquela finalidade. As regras seriam instrumentos para a realização da finalidade, conforme Dworkin.¹⁸ Diante da declaração do direito ecológico fundamental, nenhuma lei pode ser interpretada de forma a provocar mais desequilíbrio ecológico ou degradação.

Dessa forma, o que legitima a decisão que pretende realizar a proteção ambiental não são as regras, mas o propósito de concretizar um ambiente ecologicamente equilibrado. Como a finalidade de equilíbrio ecológico independe das regras, o agente público decisor pode até mesmo abandonar as regras jurídicas, desde que tome a defesa ambiental como critério de validade da sua decisão. Sendo assim, o decisor atribui valor moral à tutela ambiental, a partir de suas convicções de moralidade política. As convicções do intérprete exercem papel indispensável. Para Dworkin, *interpretar não é apenas descobrir* por que a tutela ambiental existe, mas o que ela, devidamente compreendida, requer.

Neste sentido, por vezes a tutela ambiental, em nível ecológico adequado, irá exigir da Administração Pública uma ação que vai além das condutas já padronizadas.

Está, portanto, na interpretação a busca da democracia e não na universalização, amparada na conceitualização unívoca. Seu intento tem sido retirar o caráter fático e a personalidade das demandas, dando azo à evolução da tecnificação do direito, fundada na

¹⁸ *Idem*, p. 57.

massificação, num lúgubre processo de produção seriática do que não pode ser (re) produzido.¹⁹

O processo interpretativo proposto por Dworkin,²⁰ que deve ser empregado nas decisões administrativo-ambientais pode ser compreendido como tendo uma fase pré-interpretativa, na qual são identificadas as regras e os padrões que podem fornecer o conteúdo experimental da prática. Nesta etapa, o agente decisor deve precisar no que consiste a defesa ambiental que lhe é atribuída, como ela se apresenta, onde se encontra, quais regras prescreve, quais comportamentos exige. É o momento em que o objeto da interpretação é delimitado.

Na fase interpretativa, o agente decisor se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática, identificada na etapa pré-interpretativa. Nesse caso, oferecer uma justificativa é demonstrar a conveniência da decisão, mostrando o propósito do ato que se deve executar. Tal etapa é justificativa porque nela o decisor demonstra quais são as vantagens e os acertos da prática a ser seguida e o que ela efetivamente exige. A conveniência da decisão administrativo-municipal e ambiental, *v.g.*, poderá ser verificada a partir da constatação de que aquela decisão ambiental promove a defesa do ambiente ao mesmo tempo em que promove, ou não aniquila outros direitos dos munícipes, tais como desenvolvimento econômico, saúde, lazer e serviços urbanos gerais, entre outros. A variável ambiental deverá estar presente em todas as decisões dos demais órgãos municipais, assim como as variáveis daqueles órgãos presentes na decisão ambiental. Isso deve ser demonstrado ou demonstrável.

A etapa final é pós-interpretativa, porque o decisor formula um comando para que ele aconteça na prática, de acordo com a justificativa apresentada na decisão, de

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 22.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 81.

maneira que o ato concreto se ajuste ao seu fundamento. Os fundamentos que são compatíveis com poucos aspectos da prática são inadequados. Asseverou Dworkin²¹ que

qualquer juiz desenvolverá, ao longo de sua formação e experiência, uma concepção funcional bastante individualizada do direito, na qual ele se baseará, talvez inconscientemente, para chegar a essas diferentes decisões e avaliações, e estas serão para ele, uma questão de sentimento ou instinto, e não de análise.

Como a interpretação é construtiva, o decisor a atribui à prática, a partir de suas convicções políticas e morais.

Dworkin propõe uma interpretação do direito como se faz a interpretação literária. Ela é um modelo para a interpretação do direito. A interpretação tenta mostrar que a maneira de ler o texto revela-o como a melhor obra de arte. Neste sentido, a interpretação do direito é um processo construtivo, e com isso não se quer afirmar que o agente decisor possa modificar o direito objeto da interpretação, haja vista que o próprio texto impõe limites ao decisor, e que todas as palavras devem ser consideradas e não apenas tiradas do texto. O texto deve ser interpretado em sua totalidade. Mas “um cidadão pode seguir sua própria interpretação da lei mesmo julgando que os tribunais vão provavelmente se posicionar contra ele, não há nenhuma razão plausível para que ele aja de modo diferente, apenas porque uma decisão contrária já consta dos textos legais”.²²

Quando o decisor estiver diante de um caso difícil, ou absolutamente novo, ele poderá recorrer aos casos precedentes e interpretar as decisões anteriores. Nessa interpretação, o decisor compreende os valores políticos e os motivos das decisões anteriores, trazendo-os como um modelo possível de decidir, de acordo com a tradição e com a finalidade que

²¹ *Idem*, p. 306.

²² *Idem*.

pretende concretizar e alcançar com sua decisão.

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em nenhuma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.²³

Quando o direito não demonstrar claramente qual é a decisão mais correta, o decisor deverá buscar nos princípios a resposta mais adequada, para atingir o resultado pretendido pelo pacto realizado na Constituição Federal. Consoante Dworkin, o decisor deverá tentar identificar algum paradigma do direito, para captar o que foi o direito em casos semelhantes já analisados. Após conhecer este direito factual (positivado na história), o decisor deve interpretá-lo de acordo com seus valores morais, a fim de captar a qual propósito, princípio ou valor moral ele serviu. Para Dworkin esta decisão não é arbitrária porque, embora o decisor imponha seus valores morais, ele oferece uma justificativa que se ajusta, mais ou menos, com o que o direito efetivamente foi e é no momento da elaboração da decisão.

Como já referi em outras oportunidades, os textos são fatos. Isto porque os textos são o dito de uma compreensão que se deu, necessariamente, como aplicação. Na verdade, temos que encontrar o fio

²³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 328.

condutor da tradição que se liga ao enunciado. Teremos que buscar – sempre, em face dos princípios da integridade e da coerência, que na hermenêutica denominamos de tradição – os casos e o contexto em que esse enunciado foi produzido. Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse “o lugar da verdade” e como se o sentido imanente desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação.²⁴

A adequação da nova decisão ao direito depende de sua coerência com a história jurídica aferida no exame factual do direito de um passado breve, permitindo que a nova decisão continue a mesma história jurídica aderente ao passado jurídico e adequado para o resultado jurídico futuro pretendido. Então, o decisor não estando totalmente adstrito ao direito historicamente já produzido (positivado), possui discricionariedade para trazer seus valores morais, e agindo assim se utiliza de método interpretativo, que é um critério para decidir. Isso pode ser verificado na alegoria dos romancistas proposto por Ronald Dworkin.

Esta tentativa de compatibilizar o passado com o futuro, na produção do direito pela decisão administrativo, confere alguma estabilidade ao direito produzido pelas instituições público-ambientais e demonstra a renovação²⁵ diária da adesão ao pacto deliberativo inicial, que é a Constituição Federal passada e presente. Com isso fica demonstrado o compromisso com os pactos passados e com a realização dos pactos futuros.

Transferindo-se tais premissas aos órgãos público-ambientais do município é possível afirmar que a burocracia deve decidir sobre casos novos, considerando os conhecimentos, as regras e os princípios científicos e jurídicos já

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas Vinculantes em *Terrae Brasilis*: necessitamos de uma “Teoria para a Elaboração de Precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 78, ano 17, p. 316, maio/jun. 2009.

²⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

positivados, mas utilizando de sua discricionariedade para imprimir os valores morais esperados da instituição, os quais fazem parte naquele momento histórico; ou seja, os órgãos ambientais só podem produzir decisões ambientais *moralmente ecológicas*, considerando o estado de coisas, sob pena de perderem a coerência histórica com o passado e com o fim público que lhes são a razão de existir no presente.

Lacunas no ordenamento jurídico positivado sempre existirão, porque o legislador não é onipotente e porque a realidade dos problemas concretos se mostra sempre dinâmica. Tais lacunas deverão ser preenchidas com o oferecimento de decisões fundamentadas legitimamente, e que encontram adesão no conhecimento positivado e nos resultados moralmente válidos perseguidos, quais sejam: promoção do equilíbrio ecológico e realização integral dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O agente decisor está limitado pelos conhecimentos positivados que lhe serviram de ponto de partida, bem como com a moralidade institucional aceita e conhecida por todo, porque materializada na Constituição Federal. Decidindo assim, o agente *rompe o paradigma do positivismo legalista*, na medida em que não age de acordo com uma lógica dedutiva que apenas declara, descreve ou explica o direito posto, bem como não produz uma decisão arbitrária, de acordo com suas convicções morais pessoais, o que configura uma arbitrariedade decorrente do subjetivismo exacerbado. Assim, podem ser aceitas como válidas todas as decisões que não reproduzam o texto legal ou decisões já exaradas, e, ao mesmo tempo, que contemplem direitos políticos e morais, sem que isso seja caracterizado como arbitrariedade e que, no final, se harmonizem com as promessas contidas na Constituição Federal. “Faz parte da tarefa do governo ‘definir’ direitos morais através de leis e decisões judiciais, ou seja, declarar de forma oficial, em que medida a lei incorporará os direitos morais.”²⁶

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins

O agente público que decide é livre para interpretar o direito positivado, porém deve ajustar sua decisão à história jurídica do País. Não fosse assim, o decisor não produziria um *significado ao direito*, para resolver o novo caso concreto, haja vista que o direito a ser produzido na decisão já seria um fato existente no mundo do ser, devendo apenas ser aplicado por um autômato. Desta forma, a resposta possível não decorre da mera racionalização subjetiva do agente que decide, nem é uma fórmula que existe e pode ser aplicada como solução. *A solução depende da interpretação do agente, por isso a decisão é um ato de inteligência.*

É preciso superar a concepção de que cabe ao julgador a aplicação da norma e a adequação livre ao caso concreto, olvidando os parâmetros de interpretação e, no mais das vezes, dando azo ao velho critério subsuntivo, em franco ultraje à Constituição. Comum ainda decisões que, amparadas no “modismo” constitucional principiológico, buscam nele o injustificado amparo para razões pessoais, “da própria consciência”. Não é dado a ele – julgador – decidir. O que há é uma transferência de uma atividade típica de Estado – o ato decisório – cujo chamado é atendido no momento da tomada de decisão. A ideia de Liebman, de que a sentença é um “ato de inteligência”, sugerindo liberdade ao julgador, ou a de Chiovenda, que propôs ser a característica formal da sentença a exposição precisa do estado da questão resolvida e do trabalho mental realizado pelo juiz, precisam ser superadas.²⁷

O modelo interpretativo de Dworkin defende que os textos positivados exercem limitação externa a qualquer

Fontes, 2010. p. 303.

²⁷ MARIN, Jeferson Dytz. **A Influência da Universalização Conceitual na Efetividade da Jurisdição:** Teorias da Decidibilidade, (Des)coisificação do Caso Julgado e Estandartização do Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 466. Disponível em: http://bdtd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2011-0316T102302Z1348/Publico/JefersonMarinDireito.pdf. Acesso em: 5 jul. 2012.

decisão que decorra de normas, e que isso afasta o subjetivismo puro do agente que decide. Ao mesmo tempo defende que a possibilidade de interpretação destes textos abre espaço para que o decisor faça escolhas, de acordo com suas convicções políticas, éticas e morais, o que afasta o pensamento jurídico-clássico pautado na descrição objetiva das decisões elaboradas *a priori*.

Os dois tipos principais de convicções que estão ao alcance de todo intérprete – sobre a interpretação que se adapta melhor ou pior ao um texto, e sobre qual das duas torna o romance substancialmente melhor – são inerentes a seu sistema geral de crenças e atitudes; nenhum tipo é independente desse sistema de alguma maneira que o outro não o seja. Essa observação convida à seguinte objeção: Se um intérprete deve, finalmente, basear-se naquilo que lhe parece certo, tanto ao decidir se alguma interpretação é apropriada quanto ao decidir se ela torna o romance mais atraente, na verdade não está sujeito a nenhuma coerção, pois nenhuma opinião pode ser constrangida, a não ser por fatos externos e irreduzíveis com os quais todos devem estar de acordo.²⁸

Não havendo possibilidade de coerção externa forte, é possível afirmar que é a fundamentação das escolhas que alcança liberdade para a (*quase qualquer*) interpretação sobre o *que é o direito*, na medida em que a fundamentação da nova decisão pode apontar erros no direito pretérito, justificando a decisão presente como melhor e diferente. A fundamentação demonstra que o decisor não inventa um novo direito, mas interpreta o passado e cria o presente de acordo com as novas necessidades trazidas pelo fato concreto, novo objeto da nova decisão.

²⁸DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 282.

Dworkin propõe um meio-termo entre o subjetivismo sem limites e o objetivismo sem inteligência do julgador, afirmando que o direito é um conceito interpretativo, que não se resume às normas prescritas pelo Estado, nem naquilo que o Estado declara ser o direito num dado momento; assim como não se resume ao mundo do jurídico, porque o direito está em todo o conhecimento reclamado pelo fato concreto, conhecimento que pode estar em qualquer ramo científico. O agente que decide e as instituições públicas não são isolados, mas imersos numa história jurídica impregnada por valores morais que merecem ser considerados em qualquer decisão.

A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daqueles que distinguimos, uma forma que é inevitável em algum nível.²⁹

Por isso, a decisão razoável válida depende de um ajuste com o direito positivado e também com a moral intersubjetiva, em que a decisão irá produzir efeitos, os atos decisórios devem ser consonantes com o direito positivo, assim como deve ser respeitada a moral institucional razoavelmente aceita pela sociedade, como que um processo intersubjetivo de justificação da escolha.

²⁹ DWORWIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 196.

Considerações finais

A produção da decisão deve ser vista como atividade de servidor que atua nesta qualidade, desenvolvendo suas atribuições num Estado de Direito Socioambiental, ou seja, a decisão é, ao mesmo tempo, produto da razão humana e vontade soberana constitucional de um Estado. Logo a decisão não será legítima apenas porque ele está no exercício da atribuição, mas porque ela é materialmente razoável, na medida em que aplica o conteúdo democraticamente debatido e realizador da Constituição Federal e de outros conhecimentos técnico-científicos pertinentes ao caso concreto, capazes de realizar a promessa socioambiental.

Nessa linha, embora se perceba a amplitude da decisão, em especial aquela colimada à seara ambiental, toda teoria da decisão deve ser limitada pelo respeito às garantias constitucionais e direitos fundamentais constitucionais, ou seja, deverá promover formal e materialmente a justiça constitucional. Diante da complexidade e da velocidade em que o meio onde a decisão irá produzir efeitos se modifica, é fundamental que o decisor officie como um hermenauta, promovendo decisões decorrentes da reflexão não como mero autômato. Tem como limite o dever de detalhar o problema objeto da decisão, bem como promover intenso debate sobre escolhas que comporão o mérito decisório, prestando contas, no final, sobre o que se decidiu.

Não havendo norma pronta a ser aplicada a casos futuros, ressalta-se a importância dos interessados influenciarem na decisão pública. O agente público, quando entra em contato com o discurso e as provas constantes nos autos do processo administrativo-ambiental, recebe influência externa e pondera sobre as possibilidades, não como um autômato, mas como um agente que raciocina sobre as evidências demonstradas pela argumentação e depende do debate sobre o que foi carregado aos autos. A qualidade do debate determina a qualidade da decisão. Por isso, o ato de decidir é uma atividade criativa e complementar

ao conhecido, por conseguinte o processo decisório é um sistema autorreferente, em que seus atos estão envolvidos consigo mesmos, devendo permanecer abertos a todos os conhecimentos pertinentes.

Por tudo isso, como o juiz Hércules de Dworkin, que leva em consideração as tradições morais da sua comunidade, os agentes públicos também deverão estar atentos a aspectos transcendentais à legalidade, quando da consecução de qualquer decisão, devendo conformar tal perspectiva com as garantias constitucionais, sem esquecer que o fruto desse ato repercutirá sobre o corpo social e sobre o meio ambiente. Assim, embora seja complexa, cabe a cada agente público, e mesmo ao cidadão, harmonizar todas essas peculiaridades para decidir além dos formalismos, provocando uma repercussão material/concreta, em face daquilo que é avaliado, especialmente se estiver relacionado ao meio ambiente.

2

Contributos da tutela jurisdicional à tutela administrativo-ambiental

Introdução

Numa democracia desorientada, sem lideranças, nem autoridades republicanas e sem cidadãos dispostos a participar da solução dos problemas da comunidade, se constrói uma situação na qual nada mais pode escapar ao controle do Judiciário. Diante da crise das instituições políticas e da própria sociedade, o Judiciário passou a ser um ambiente em que a democracia parece funcionar melhor, quando comparado com o ambiente político nascido das ruas da cidade.

Este enfraquecimento da crença no *homem político* para a crença no *homem jurisdicionado* reproduz este deslocamento: tudo somente se resolve no âmbito jurisdicional. Este deslocamento destrói a República. Será o juiz o guardião das promessas constitucionais? Quem manterá aceso o espírito republicano e democrático dos cidadãos, se o juiz resolve tudo?

O deslocamento prejudica o município, na medida em que retira a responsabilidade do munícipe de protagonizar as mudanças que deseja ver na sua comunidade política. Isso diminui o contato comunitário e fere a democracia material, porque seus membros deixam de conhecer e debater seus problemas entre si. Habitualmente, sequer se tenta a produção de uma solução democrática. Prefere-se transferir o processo e a decisão sobre a melhor solução do problema concreto para o Estado-Juiz, que, em verdade, produz uma decisão alheia. Tal conduta, sobretudo no tocante aos problemas transindividuais, é algo significativamente negativo para a polis.

O esvaziamento do debate e da comunicação reproduz

a alienação sobre a realidade do entorno. Pouco se conhece sobre o problema da *outra rua* do bairro. Esse silêncio provoca o desconhecimento dos membros da comunidade entre si e dela com os problemas socioambientais. Neste sentido, os conselhos municipais, sediados nas prefeituras, podem ser importantes espaços para os debates sobre os problemas locais e devem ser utilizados para o processamento informal-democrático das soluções.

É que a Administração Pública Municipal mantém dezenas de secretarias municipais com atribuições privadas, para bem tratar das matérias mais importantes, para que haja o bom governo das necessidades da cidade. Elas devem funcionar com a participação e fiscalização dos municípios. Isso não ocorre.

Estes órgãos municipais são chefiados por autoridades políticas, que devem officiar como verdadeiros guardiões da República e da democracia. Não é apenas o juiz o guardião da República, parece coisa sabida, mas Montesquieu tem estado esquecido. É preciso que o Legislativo e o Executivo resgatem sua função de representar materialmente a comunidade, trazendo-a para o centro do processamento e da concretização das soluções. É preciso que ambos resgatem sua credibilidade, Legislativo e Executivo, e isso passa pela legitimação de sua existência. A comunidade precisa (re) *formar* estas funções do poder e não manter-se inativa e exigente.

Nessa perspectiva, esta comunicação indaga se os municípios, por meio de seus órgãos colegiados e instrumentos institucionais, outorgam mecanismos adequados para melhor tomada de consciência sobre os problemas locais, motivando a consecução de práticas salutares à comunidade, especialmente na seara ambiental.

Por intermédio do método hermenêutico e da leitura de bibliografias atinentes ao tema, este trabalho objetiva demonstrar que existe uma desqualificação da Administração Pública – entendido como Executivo –, que favorecem a exacerbação da atuação de outro poder, ou seja, o Judiciário. Busca também evidenciar que os municípios podem

ser considerados espaços adequados para a tomada de decisão e construção de práticas locais, com importância social.

O primeiro capítulo avalia, de maneira sucinta, o contexto sociocultural que assola as interações sociais, em especial a perspectiva pós-moderna da sociedade de consumo. O segundo capítulo evidencia como o direito pode ser utilizado como instrumento de pacificação social, tendo em vista seus mecanismos de atuação social. Por fim, no derradeiro capítulo, demonstra-se que a Constituição possui um cabedal de garantias processuais, que devem ser utilizadas como parâmetro para a estruturação da atuação dos municípios.

1 Contexto histórico da inter-relação social na pós-modernidade

A sociedade brasileira vive num contexto influenciado pelo crescimento do capitalismo, em que os avanços tecnológicos propiciaram uma intensa globalização do moderno e com ele se instalou uma crise ambiental sem precedentes. As tecnologias aplicadas na indústria possibilitaram um avanço importante na produção e oferta de bens de consumo. Vivemos num contexto em que o tempo de vida útil dos produtos é muito curto, e isso serviu para aceleração do consumo compulsivo e obsessivo.

Nessa esteira, a *lex mercatoria* gesta padrões de conduta, linguagem própria e alastra-se em gigahertz, tal como uma peste. Há quem diga que se vive um novo mal do século, bem mais mordaz que a tuberculose de outrora. De fato, o período presente é a era do consumo hedonista, do consumidor-produto e do homem que, em face da tamanha dependência que registra do mercado se transformou ele próprio no capital (produtor-produzido). A *lex mercatoria* rompe as grades das residências, come da comida, sacia-se e segue seu itinerário imprevisível. Alcança

brasileiros, americanos, europeus, mongóis, afegãos e chineses...³⁰

Os avanços da tecnologia empregados na comunicação diminuíram as *barreiras espaciais*: as fronteiras foram *apagadas*. As distâncias foram aniquiladas pela velocidade da informação. Tudo isso tornou o mundo geográfico menor e o consumo intercontinental mais fácil. Os sujeitos pós-modernos vivem na realidade dos transportes e meios de comunicação rápidos e eficazes, já não há mais espaço para as coisas demoradas. O fenômeno da eliminação das dificuldades e infortúnios, antes enfrentados pelas pessoas, está implícito na ideia de progresso. As pessoas inseridas nesta sociedade globalizada querem, cada vez mais, aniquilar suas dificuldades materializadas pelo tempo, tudo deve ser eficaz e rápido.

Essa sociedade emprega muitas horas pelo capital e vive da efemeridade. Grande parte dos sujeitos enfrenta jornadas extensas e estressantes e por isso não têm tempo para se dedicar à reflexão, família, saúde e ao lazer. Vive-se numa sociedade de consumo e de descarte rápido, de inovação tecnológica constante e de globalização de tudo. Os sujeitos pós-modernos sentem-se descontrolados, inseguros e perdidos, uma vez que não há tempo para efetuar todas as atividades necessárias e a cobrança por resultados é constante, o que gera frustração e sofrimento psicológico e a consequente inatividade na polis, e contribui para o perecimento das instituições políticas. Vive-se de impotência frente às constantes mudanças. Nessa esteira, tem-se entrevista a Bauman:

Tudo é temporário. É por isso que sugeri a metáfora da “liquidez” para caracterizar o estado da sociedade

³⁰ MARIN, Jeferson Dytz. **A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição**: teorias da decidibilidade, (des)coisificação do caso julgado e standardização do direito. 2010. Tese (Doutorado) – Unisinos, São Leopoldo, 2010. p. 14.

moderna, que, como os líquidos, se caracteriza por uma incapacidade de manter a forma. Nossas instituições, quadros de referência, estilos de vida, crenças e convicções mudam antes que tenham tempo de se solidificar em costumes, hábitos e verdades “auto-evidentes”. É verdade que a vida moderna foi desde o início “desenraizadora” e “derretia os sólidos e profanava os sagrados”, como os jovens Marx e Engels notaram. Mas, enquanto no passado isso se fazia para ser novamente “reenraizado”, agora as coisas todas – empregos, relacionamentos, know-hows etc. – tendem a permanecer em fluxo, voláteis, desreguladas, flexíveis.³¹

O sujeito *sem sentido* precisa alcançar a felicidade para ter motivo para viver e, no momento, a felicidade parece estar em *ter*.

O contexto pós-moderno aumentou a interação de indivíduos que se comunicam, trabalham, estudam, compram e vendem mais. Há mais relações jurídicas na sociedade. Esta interação é um espaço de conflito entre indivíduos que *precisam* de mais. Isso gera enorme pressão sobre os recursos ambientais, seja pela exploração em busca da matéria-prima, seja pelo acúmulo de resíduos maldescartados que formam os famosos e crescentes lixões, que provocam poluição do solo e das águas. A pressão sobre o ecossistema produz conflitos sociais entre indivíduos com diferentes racionalidades (antropocentrismo *versus* ecocentrismo).

Já não é a ordem, mas a desordem que surge como algo natural nesta nova cena. Compreende-se melhor a razão pela qual o conflito pode aparecer como uma possibilidade de socialização. É nesta

³¹ BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade líquida**. São Paulo, 2003. Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/4_Encontro_Entrevista_A_Sociedade_Liquida_1263224949.pdf. Acesso em: 24 jul. 2012.

divisão assumida provisoriamente que a democracia encontra a sua identidade. Estas reivindicações em nome dos direitos do homem são suficientemente heterogêneas para não manter a ilusão de uma solução global.³²

Vivemos o conflito do homem com a natureza e o conflito entre homens pela proteção da natureza. Não há uma convivência harmoniosa e verdejante, mas ela é possível. Segundo Bobbio,³³ “conflito é uma forma de interação que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos”.³⁴ Sem dúvida, no contexto atual, matéria-prima virgem e ambiente ecologicamente equilibrado são recursos escassos e importantes para a realização da felicidade de ambas as racionalidades. Ainda conforme Bobbio, “os conflitos são onipresentes na vida social”.³⁵ Embora a natureza instintiva do homem seja em princípio antissocial, o homem é capaz de socializar seus impulsos destrutivos a um patamar desenvolvido, possibilitando sua vivência no ambiente, ainda que não totalmente harmônica. Neste sentido, ensina Morin:

As sociedades mamíferas são, ao mesmo tempo, comunitárias e rivais; contêm, ao mesmo tempo, o enfrentamento conflitual dos egocentrismos e a solidariedade em relação aos inimigos exteriores. Comunitárias na luta contra a presa ou o predador: rivais, sobretudo entre os machos, nos conflitos pela primazia, pela dominação, pela posse das fêmeas. Os indivíduos dedicam-se à prole, mas também podem, às vezes, comer os próprios filhos.³⁶

³² GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Editora: Instituto Piaget, 1988. p. 50.

³³ BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Brasília: UnB, 1999. p. 225. v.1.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 227.

³⁶ MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 22.

Nessa sociedade brasileira formalmente democrática, sem tempo para pensar e participar das decisões públicas, ao mesmo tempo imediatista, indiferente e exigente, pronta a cobrar resultados concretos rápidos, em que o “juiz é chamado a salvar uma democracia na qual um Legislativo e um Executivo enfraquecidos, obcecados por prazos eleitorais sempre presentes, somente preocupados com o curto prazo, expostos ao receio e à sedução da mídia, fazem o possível para governar”,³⁷ questiona-se: Qual é a contribuição da processualidade nas rotinas administrativas locais para a superação da crise ambiental? Qual é o papel da Constituição Federal nos processos que realizarão os direitos fundamentais nela contidos?

2 O direito como instrumento de pacificação social

Evidenciado que vivemos numa sociedade de conflitos, formada por sujeitos plurais e naturalmente compostos pela dualidade: egoísmo e altruísmo, próprio da condição humana, mas que neste contexto da sociedade de hiperconsumo apresenta-se sem tempo para reflexão, a questão é: Quais são os instrumentos válidos e disponíveis para a superação dos conflitos socioambientais neste Estado Republicano-Democrático de Direito, quando do exercício da função administrativa?

A Constituição Federal, no primeiro artigo estabelece sua escolha política sobre o instrumento para a solução dos conflitos. Veja-se: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Da leitura do dispositivo percebe-se que o Estado brasileiro elegeu o Direito como um instrumento idôneo para a identificação e solução de conflitos de interesse

³⁷GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Editora Instituto Piaget, 1988. p. 45.

jurídico. Neste sentido pontua Calmon Filho: “O conflito resulta da percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política da organização social”.³⁸

Cabe salientar que este Estado, através do Direito Estatal, compreendido aqui na sua Constituição Federal, define nela os conflitos que interessam ao Estado de Direito. A solução estatal para tais conflitos deve estar de acordo com este Direito e ser processado de maneira democrática, o que pressupõe um instrumento em que os envolvidos possam participar da elaboração da solução. Instrumento que é gerido por uma autoridade pública, que exerce seu poder pautado pela abnegação e por isso republicano. Não é qualquer solução do conflito que interessa a este Estado, mas somente soluções que obedeceram a um procedimento republicano, democrático e aderente à Constituição Federal. Democracia é exercício de poder mediante procedimento participativo pacífico, prévio e validado pelo Direito que, por sua vez, é supervisionado por autoridades públicas que oficiam como guardiãs da República somente visando o interesse público primário expresso na Carta Magna.

E o que é direito?

Na Constituição Federal:

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 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.

³⁸CALMON FILHO, Petrônio. **O conflito e os meios de sua solução**. Material da 1ª aula da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Processual Civil – Uniderp/IBDP/Rede LFG.

É certo que o direito é mais do que o direito legal e maior do que o jurídico. É formado por todo conhecimento contido em normas estatais, conhecimentos técnico-científicos contidos em regras não estatais e aqueles não normatizados, decorrentes de fontes capazes de promover a realização integral e a concretização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro ecológico. Direito não se reduz à lei, é norma que não contraria a lei, mas que é capaz de realizar integralmente a Constituição.

Lei é uma das fontes do direito. A lei é o direito produzido e reconhecido pelo Estado, mas não é sua única fonte. É certo que todo direito não se confunde com a lei, haja vista que o legislador não é onipotente, por conseguinte jamais conseguiria produzir comandos normativos abstratos, capazes de prever todas as situações da vida. Pensar que direito é lei é admitir que o ordenamento legal seja completo; por conseguinte dispensável seria a criação de novas leis. Tanto é assim, que a própria Constituição Federal não exclui outros direitos reconhecidos fora de seu texto.

Neste sentido, há o art. 5º da Constituição Federal:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A regra é a liberdade adequada na produção do direito, sobretudo quando se trata do direito ambiental, e assim o direito é composto pelo direito natural que existe, é válido e eficaz em todo o mundo, a qualquer tempo e lugar, como todas as Declarações Universais realizadas a partir de Estocolmo, em

1972. O direito é o direito consuetudinário, como expressão da tradição do povo brasileiro (e de suas pequenas comunidades), que é formada pela lenta evolução da sociedade, em que se inserem os valores, costumes e as virtudes de um povo que se identifica justamente por seus elementos culturais. O direito também é formado pelas atividades jurisdicional e jurídica, porque o magistrado e o administrador público são agentes públicos, agem em nome do Estado, legitimados por concurso público ou processo eleitoral.

A propósito, de acordo com a garantia constitucional de fundamentação das decisões, a sentença deve abordar todos os argumentos postos no processo. O magistrado precisa enfrentar as razões que amparam a versão (tese/construção hermenêutica) escolhida e a motivação da rejeição dos argumentos postos pela parte sucumbente. Aqui se materializa a razão *metonímica* de Boaventura Santos (aplicada à jurisdição por Jania Saldanha), pois a decisão se impõe como uma totalidade negando a existência doutros argumentos (experiências) possíveis. Decidir também é um ato de convencimento. Só assim se realiza a democracia.³⁹

Como aplicar este direito na superação dos conflitos?

A decisão estatal é um dever do Estado-Administração, que está constitucionalmente obrigado a exarar uma decisão capaz de certificar ou satisfazer direitos inseridos no quadro de sua competência, definido pela lei ou diretamente pela Constituição Federal. Isso é devido, na medida em que o Estado-Administração não pode se eximir de promover a realização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como da apreciação de pedidos de outorga de direitos ambientais.

³⁹ MARIN, Jeferson Dytz. **A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição**: teorias da decidibilidade, (des)coisificação do caso julgado e standardização do direito. 2010. Tese (Doutorado) – Unisinos, 2010. p. 24.

Então, posto que as competências lhes são outorgadas única e exclusivamente para a atender à finalidade em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição, resulta que se lhes propõe uma situação de dever: prover àquele interesse.⁴⁰

Diante da tensão existente entre direitos fundamentais ambientais e direitos fundamentais de livre-iniciativa, os processos administrativos de outorga ambiental são verdadeiras lides,⁴¹ que, na maioria das vezes, envolvem maior complexidade do que as lides jurisdicionais.

Nesse sentido pontua Calmon: “A lide ocorre quando alguém que tem interesse em um bem da vida exerce sua pretensão sobre esse bem, mas encontra resistência por parte de outrem. Neste caso, a situação que antes se apresentava apenas como um simples conflito de interesses passa a ser qualificada por uma pretensão resistida”.⁴²

Na Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43.

⁴¹ “A lide é, pois um desacordo. Elemento essencial do desacordo é um conflito de interesses.” CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Editora Servanda, 2010. p. 26.

⁴² CALMON FILHO, Petrônio. **O conflito e os meios de sua solução**. Material da 1ª aula da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Processual Civil – Uniderp/IBDP/Rede LFG. p. 4.

Não se eximir na prática é sentenciar, é decidir, pois vedado o *non liquet* ao Poder Judiciário, assim como é vedado o silêncio administrativo. Neste sentido, afirma-se que a questão ambiental não terá decisão melhor nos gabinetes solitários dos magistrados, porque envolve o mérito mais interdisciplinar que a razão humana já conheceu, qual seja: o ecológico. Por isso é fundamental que, por primeiro, haja um processo decisório-administrativo constitucionalmente devido, bem instruído e discutido. Por devido, deve ser entendido o processo administrativo em que estão blindadas a ampla defesa de ideias e os conhecimentos ecológicos, e o contraditório de todos os saberes envolvidos, pautados por uma lógica dialética de constante aperfeiçoamento da decisão pública, pois o mesmo art. 5º prevê, no seu inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, toda privação definitiva de bem ou direito ecológico deve aflorar de devido processo.

A prestação administrativa capaz de solucionar os conflitos da sociedade é aquela que produz justiça material, e para tal aspiração os processos decisórios devem ir além das garantias constitucionais e procedimentais, devendo proporcionar, além da igualdade de armas, as correntes antagônicas; ser também adequados ao mérito ecológico debatido. Para ser adequado, todo processo deve ser capaz de atender, substancialmente, a outros direitos fundamentais, garantias e princípios constitucionais, a fim de solucionar com a mesma justiça todo e qualquer caso concreto com idêntica perfeição, promovendo a integração das agendas do liberal, social e ambiental.

O processo de engessamento do direito que se constata sugere a implementação de uma jurisdição radicalmente democrática, firmada na realização das pretensões materiais e no rompimento com o arquétipo neoliberal que orienta a conduta atual (*omissis*). Só a radicalização da democracia, através do resgate de uma jurisdição compromissária e do

elemento humano poderá alterar o (quase) inevitável afogamento do direito, evitando-se que a jurisdição, esse instituo secular, defina até soçobrar.⁴³

Para atingir este objetivo, o processo administrativo-ambiental perde sua roupagem meramente formal, permitindo-se receber a influência dos conhecimentos ecológicos pertinentes, técnico-científicos ou não; objetos da decisão a ser proferida pelo Estado-Administração. Para garantir a igualdade de armas no processo, o ordenamento trata de maneira desigual os desiguais, mas ouve e enfrenta as razões de todos.

Sem dúvida, somente através de um processo administrativo-decisório justo é que o Estado poderá realizar um Estado Socioambiental justo.

Os fins justificam os meios?

Rui Barbosa ensinou que garantias são as disposições assecuratórias que, em defesa de direitos, limitam o poder. Para Canotilho,⁴⁴ as garantias são direitos, com caráter instrumental de proteção a direitos. As garantias traduzem-se no direito dos cidadãos de exigirem do Poder Público que proteja suas liberdades públicas, e isso se aplica no reconhecimento dos meios processuais a essa finalidade. Assim, os direitos são equiparados a bens, e as garantias seriam direitos à fruição de tais bens. Por fim, pode-se dizer que os direitos declaram-se, e as garantias estabelecem-se no âmbito das relações públicas ou privadas.

É certo que o vocábulo *garantia* se aproxima da ideia de instrumento idôneo para a defesa de direitos.

Neste sentido, há a Lição de Novelino:

⁴³ MARIN, Jeferson Dytz. **A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: teorias da decidibilidade, (des) coisificação do caso julgado e estandardização do direito.** 2010. Tese (Doutorado) – Unisinos, São Leopoldo, 2010. p. 230.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

Ao lado dos direitos reconhecidos e declarados na Constituição, existem as garantias para que sejam efetivamente assegurados. Os direitos estão mais ligados à idéia [sic] de justiça, ao passo que as garantias são voltadas precipuamente à efetivação da segurança jurídica. Os direitos são valores escolhidos no plano axiológico e consagrados no plano normativo. As garantias possuem um aspecto mais instrumental que substancial. São mecanismos de limitação do poder na defesa dos direitos.⁴⁵

Assentados tais conceitos, cabe investigar com mais profundidade: quais são as funções das garantias constitucionais ligadas aos processos decisórios para, depois, examinar seu núcleo e sua extensão e as consequentes interferências que provocam na interação social, como também na tomada de decisão, em âmbito local.

3 Garantias constitucionais processuais

Num Estado Democrático de Direito, a Constituição é um ponto de partida razoável para a interpretação e argumentação jurídica, e, no caso brasileiro, já está fora de dúvida que as normas constitucionais têm sua força normativa imediata. Da interpretação literal do art. 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988, verifica-se que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Disso percebe-se que os operadores do direito, na falta de regra legal, devem concretizar direitos fundamentais pela via interpretativa. O processo decisório-administrativo não poderia estar alheio a isso, por conseguinte recebe influência direta das normas constitucionais.

⁴⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008. p. 315.

Nesse sentido, veja-se a lição de Citra, Grinover e Dinamarco:

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garantem a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais [...].⁴⁶

As garantias constitucionais processuais formam a processualidade aplicável a todas as decisões emanadas nas funções Executiva, Legislativa e Judiciária. Há um paralelo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. As garantias constitucionais processuais são princípios e dão alguma segurança jurídica aos agentes da burocracia e à sociedade, porque amparam os envolvidos no processo antes, durante e após o conflito jurídico. Inexoravelmente, o desenvolvimento do processo está valorado pela Constituição, do início ao fim de cada relação processual, fenômeno conhecido como adequação constitucional.

Por conseguinte, não há como pensar no desenvolvimento de um processo administrativo-ambiental justo fora da adequação interpretativa constitucional, ou seja, a Constituição passa a ser razoavelmente o texto pacificador das celeumas interpretativas. Toda processualidade como ramo do Direito Público tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a existência dos entes estatais e possibilita que organizem a estrutura dos seus órgãos subordinados, o que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece seus princípios processuais que lhe são necessários e adequados.

Nessa esteira, prossegue a lição de Citra, Grinover e Dinamarco:

⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80.

Além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da jurisdição à Lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, e assistência judiciária.⁴⁷

A ordem jurídica fundamenta, contida na Constituição Federal de 1988, assegura direitos a serem exercidos no curso dos processos administrativos locais ou em razão dele. Tais direitos são inerentes ao estágio de desenvolvimento jurídico desta sociedade pós-moderna, haja vista que está inserido num Estado Democrático de Direito, sendo assim, os processos decisório-públicos devem ser prestados de maneira participativa e de modo esclarecedor aos interessados. O Estado, nos processamentos decisórios ambientais municipais, deve permitir a participação dos envolvidos e também dos interessados na elaboração da decisão. Esta decisão, construída de maneira participativa⁴⁸ e democrá-

⁴⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo**: processo constitucional. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80-87. Material da 3ª aula da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Processual Civil – Uniderp/IBDP/rege LFG, p. 2.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Agravo de Instrumento n. 529.733. Órgão julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 17 de outubro de 2006. Publicado no **Diário da Justiça**: 1º de dezembro de 2006. Disponível em Pesquisa de Jurisprudência do STF. Disponível em: [60 Decisão em matéria ambiental](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28devido+processo+legal%29+%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORV%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORA%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20061001%29%28%40JULG+%3C%3D+20061020%29%28SEGUNDA%2E</p></div><div data-bbox=)

tica, será a via para chegar aos fins do Estado socioambiental.
Voto do rel. Min. Gilmar Mendes:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.⁴⁹

A tarefa do Estado em buscar a solução dos conflitos é realizar a justiça material e formal de maneira equacionada, equilibrando a realização dos direitos fundamentais declarados com o garantismo e a instrumentalidade, permitindo que o processo administrativo seja o momento para a contribuição efetiva dos envolvidos e dos interessados; assim, o processo justo poderá cumprir as aspirações do direito material-constitucional.

Nesse sentido, pontua Novelino:

O princípio do devido processo legal é o núcleo material comum de todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça, não apenas dos processos judiciais, mas também dos processos administrativos. É exatamente a aplicação das garantias constitucionais processuais ao processo administrativo, que fazem dele um verdadeiro processo e não um mero procedimento.⁵⁰

SESS%2E%29&base=baseAcordaos. Acesso em: 12 dez. 2011.

⁴⁹ Com o objetivo de melhor esclarecer o que seja *fair trial*: Informativo 445 do STF, especialmente o AI 529.733/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.10.2006. “O *fair trial* consiste em um processo justo, em um processo leal, no qual se garante a participação equânime, justa e leal das partes processuais.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo445.htm>. Acesso em: 3 ago. 2012.

⁵⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008. p. 333.

A percepção do constitucionalismo na processualidade administrativa é recente, entretanto vem causando grande impacto no processamento dos atos jurídicos estatais, que tendem a aumentar o nível de proteção ambiental e fazem crescer a cidadania processual dos operadores do direito, dos envolvidos com e dos interessados (comunidade local) na questão ecológica profunda. É certo que a Constituição Federal declarou direitos fundamentais verdes e a possibilidade de garantias processuais adequadas ao Estado Socioambiental que, para serem mais efetivadas e em maior número, dependem da compreensão do seu núcleo essencial e de sua extensão. É que o pressuposto para a defesa dos direitos ambientais é a tomada de conhecimento mais amplo possível; sem compreensão não há exercício.

A doutrina ambiental pós-Constituição Federal de 1988 vem difundindo esta compreensão, e a receptividade do Estado-Administração possibilita mudança de paradigma. A mentalidade da administração distante da sociedade, que se utilizava de processos autônomos desvinculados da proposta democrática e participativa, está sendo superada. Hoje a decisão público-ambiental provoca enorme polêmica.

As crises do Estado Moderno – conceitual, estrutural, institucional, funcional e de representação – ambientam a crise jurisdicional, que denota a ausência de perspectiva de democratização das teorias da decidibilidade, cuja própria validade ética tem sido questionada. A (re) formulação da concepção de democracia jurisdicional, no sentido de reconhecer-se a plausibilidade de uma jurisdição participação, alterando-se o fundamento ortodoxo calcado na teoria do vencido-vencedor, com o fito de alcançar legitimidade social à teoria da decidibilidade, fazendo com que as pessoas “sintam-se escutadas pelo Estado-Juiz”, revela uma das formas de democratização do ato judicante, fortalecendo seu caráter inclusivo.⁵¹

⁵¹ MARIN, Jeferson Dytz. **A influência da universalização conceitual na**

Esse novo contexto começa a forçar a burocracia a se abrir para a participação, sob pena de minar o efeito externo da decisão. É preferível uma decisão muito debatida que outra muito discutível, capaz de desaguar no Ministério Público e dele para o Judiciário, gerando responsabilização cível e criminal para a autoridade responsável. Assim, o processo administrativo passa a ser analisado sob o enfoque de sua legalidade constitucional, porque a burocracia está concebendo, a partir das decisões dos tribunais, que qualquer norma deve respeito aos valores republicanos, democráticos e jurídico-constitucionais.

A partir da lógica prática, percebe-se que a aplicação das garantias constitucionais processuais deve se dar de maneira harmoniosa. Suas incidências devem ser imediatas, simultâneas, sendo terminantemente vedadas interpretações que aniquilem direitos ou garantias constitucionais. A melhor forma de aplicar direitos e garantias constitucionais é possibilitar a sobrevivência harmônica de todos, jamais a aplicação de um pode destruir o outro direito fundamental. A regra é conciliar garantias processuais com o direito fundamental ecológico, sem tyrannizar um princípio em detrimento dos demais, haja vista que, de acordo com as teorias dos princípios e dos direitos fundamentais, direitos e garantias não são absolutos.

Nessa composição, o princípio da proporcionalidade presta enorme serviço, porque orienta o hermenêuta a utilizar meios adequados aos fins perseguidos pela Constituição. É imprescindível o juízo de adequação, em que a aplicação de qualquer direito fundamental ou garantia não pode aniquilar o núcleo essencial dos demais. O núcleo essencial do direito deve ser preservado sempre.

Havendo lesão ao núcleo essencial de uma garantia constitucional, comprovado o prejuízo, o ordenamento jurídico lhe impõe a mais grave das sanções, qual seja, a nulidade.

inefetividade da jurisdição: teorias da decidibilidade, (des) coisificação do caso julgado e standardização do direito. 2010. Tese (Doutorado) – Unisinos, São Leopoldo, 2010. p. 17.

O Estado brasileiro, ao avocar o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, configurou esta prestação, fundamentalmente apoiando-se em garantias inafastáveis, quais sejam: direito de provocar a Administração Pública para a realização de direitos ecológicos ou para obter para si outorgas de direitos ambientais e de defesa destes (direito de acesso ao Estado-Administração) e a garantia do devido processo constitucional, dirigido para o Estado-Juiz (direito ao processo justo).

Isso se deve a uma razão especialmente simples, pois, se o Estado deve prestar a função administrativa, a fim de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, certamente as pessoas precisam ter acesso a exercer suas pretensões através de ação/defesa, bem como de acompanhar e contribuir nos processos decisório-ambientais a serem processados perante o Estado-Administração local. Sem tal acesso, não haveria Estado Democrático algum. Provocado o Estado-Administração, este deve manifestar-se de maneira devida, ou seja, através de um processo ambiental justo, equânime/democrático, ético em que os envolvidos e os interessados sejam ouvidos e possam materialmente influenciar na convicção do Estado-Administração.

A Constituição brasileira em vigor possui vários dispositivos que caracterizam a tutela constitucional da ação jurisdicional, da ação administrativa e da processualidade. A própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de acesso e realização da justiça. Todas as demais garantias e todos os direitos fundamentais efetivam-se a partir destas.

Por tudo isso, deve-se ter a consciência de que a Constituição Federal, muito além de estruturar garantias processuais judiciais, elabora um cabedal de garantias para qualquer processo, tanto judicial como administrativo. Tal fato deve ser absorvido pelos municípios, como forma de otimizar a utilização de instrumentos institucionais que possibilitem

melhor tomada de decisão e retirem do Judiciário a necessidade de decidir sobre tudo e todos, especialmente sobre alguns pontos concernentes à seara ambiental.

Considerações finais

É fundamental que as autoridades municipais e sua burocracia assumam que são protagonistas nas tarefas que realizam. As autoridades municipais supervisionam departamentos, divisões e serviços que devem realizar as promessas contidas na Constituição Federal. Toda vez que o órgão estatal proativamente não cumpre seu dever e tarefa constitucional, por descaso da burocracia e esta omissão deságua no Judiciário, a República perde muito. Perde porque transforma potenciais colaboradores em litigantes. Uma das partes vence, mas a harmonia se perde.

A harmonia se constrói através da educação do munícipe, democratização das rotinas, do exercício das atribuições com abnegação e publicidade dos atos praticados. Neste cenário, a participação dos profissionais com conhecimento científico pertinente assume relevo, porque serão fiscalizadores da qualidade e da legitimidade das decisões. Esta necessidade já está se tornando realidade, através do desenvolvimento de grandes escritórios de consultoria ambiental formados por diversos profissionais do saber. “Dessa forma, ergue-se contra os muros das disciplinas para propor um conhecimento multidisciplinar e, no limite, transdisciplinar, afirmando que nossos princípios de conhecimento ocultam o que é mais vital de conhecer”.⁵²

Ocorre que o Judiciário não pode nem deve protagonizar nas políticas públicas, porque esta conduta retira a necessária responsabilidade interessada do cidadão com

⁵² LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. Educação e cidadania na ciência jurídica: os contributos da teoria da complexidade para a alfabetização ecológica. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 15.

sua comunidade e com o governo de sua cidade, porque ele simplesmente repassa o problema para outro e, agindo assim, não sofre, nem cresce como agente capaz de resolver seus problemas locais e suas frustrações.

Mas é preciso que a função executiva permita que o município participe das decisões e que realmente as leve a sério; caso contrário, todos os problemas da cidade continuarão desaguando na tutela apenas jurisdicional, dando azo à crescente inundação de processos no Poder Judiciário, já ineficiente em razão do número e da complexidade dos méritos decisórios. É preciso fazer surgir tutela administrativo-democrática radical.

A democracia e a República não podem funcionar melhor no Poder Judiciário. A democracia local depende do Poder Legislativo, do cumprimento de sua vocação secundária: fiscalizar o Poder Executivo. Isso apesar de saudável não existe, e quem sabe nunca existiu. Não podemos mais esperar tudo somente da justiça da jurisdição. É necessário que o Poder Executivo resgate sua autoridade, ou seja, volte a ser o protagonista na defesa do republicano, e se volte ao bem do povo, pautado pela moralidade constitucional cívica.

É preciso que a Administração Pública local resgate e promova uma sociedade civil participativa, para que esta encontre na prefeitura de seu município um refúgio para o ideal democrático e republicano prometido pela Constituição Federal. O juiz da comarca não pode substituir os efeitos do encontro necessário da sociedade civil com ela mesma e com o Poder Público, denominado prefeitura. É preciso que as instâncias de poder local satisfaçam as promessas constitucionais. Neste sentido, o Direito pode emprestar enorme contribuição porque desenvolveu a disciplina do processo pautado por garantias processuais, que permitem uma decisão muito próxima do igual, do livre e do justo. É o momento de a teoria processual da prestação jurisdicional ser aplicada às rotinas administrativas, promovendo participação efetiva e transparência nos processos decisórios.

3

Jurisdição ambiental e teorias da decisão: uma leitura a partir de Ovídio Baptista e John Rawls

Introdução

Vinte anos depois da realização da primeira conferência sobre meio ambiente realizada no Brasil, o País sediou a RIO+20, com o objetivo de renovar o comprometimento dos países com o desenvolvimento sustentável; avaliar os progressos feitos até aquele momento, as lacunas e defecções ambientais. O evento teve como focos⁵³ a economia verde, como forma de erradicar a pobreza com sustentabilidade e avaliar as instituições envolvidas no desenvolvimento sustentável.

Mesmo antes do evento, já era possível avaliar que após as conferências já realizadas sobre meio ambiente, a ação humana continuava causando séria degradação ambiental, criando graves riscos para a vida no Planeta Terra. Na tentativa de combater a degradação ambiental, a Organização das Nações Unidas promoveu a conferência Cúpula da Terra no Rio de Janeiro, em 1992, propiciando debates da comunidade internacional, com vistas à mudança de comportamento e preservação da vida na Terra, momento em que foram editados 27 princípios, dentre eles o 11, que determina:

“Os países devem promover a adoção de leis ambientais”.

A República Federativa do Brasil, forte no seu art. 225, manteve tal princípio e editou algumas leis ambientais nacionais, por exemplo, a Lei n. 6.938/1981 que introduz a Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei n. 9.433/1997

⁵³ Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável RIO+20. Disponível em: <http://www.rio20.info/2012/objetivos-e-temas>. Acesso em: 27 jan. 2012.

conhecida como lei das águas, a Lei n. 9.795/1999 para inserção da Política Nacional de Educação Ambiental, a Lei n. 11.445/2007 denominada de Política Nacional de Saneamento Básico e a Lei n. 12.305/2010 que propõe a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Diante do quadro legislativo exposto é imperioso reconhecer que o ordenamento brasileiro possui uma dimensão ecológica consolidada, voltada à proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo deveres e tarefas ambientais aos órgãos públicos e à coletividade, visando concretizar o Estado Socioambiental. Este projeto político procura agregar as conquistas das propostas liberais e sociais iniciadas na concretização de direitos econômicos, sociais e culturais, sem esquecer-se da variável ambiental, haja vista que não existe direito fundamental a ser concretizado num território degradado ambientalmente.

Com segurança é possível afirmar que a degradação ambiental e as desigualdades sociais existentes, hoje, decorrem do crescimento do Estado Liberal, que promoveu abismos sociais e desigualdades materiais gritantes. De posse desta constatação, este artigo visa examinar as principais contribuições negativas do pensamento jurídico-liberal, que apostou na justiça da lei a ser encontrada no direito legalista, matemático e exegético, construído para a manutenção da riqueza de poucos e perpetuação do *status quo* estabelecido.

1 O direito do Estado liberal

O projeto político-liberal transformou o homem comunitário num indivíduo, livre e autônomo, que não depende mais da proteção dos laços sociais. Ao mesmo tempo esta sociedade o deixa frequentemente livre, porém desamparado e lançado num mundo indiferente e cheio de riscos, onde o indivíduo não pode esperar proteção da comunidade, porque ela dissolveu-se em vários indivíduos. Tudo isso faz com que o homem pós-moderno esteja constantemente

angustiado e busque segurança, porque ela lhe parece vital.

A modernidade perseguiu segurança através da ciência, que encarregada de demonstrar as verdades absolutas do mundo. Influenciados por Descartes, filósofos transferiram o Direito para o campo das ciências experimentais, a fim de matematizarem o direito mediante a aplicação de uma lógica determinista.

A conseqüência mais óbvia dessa transferência, que significou a “cientifização” do Direito, fora a ânsia por segurança, buscada através de “verdades claras e distintas”, através do Direito, foi a proscrição dos juízos de verossimilhança, cuja utilização – nas ciências (!) – não foram permitida por Descartes.⁵⁴

Ainda hoje, o direito administrativo continua influenciado pelos positivistas da escola clássica, que não reconhecem espaço para a realização de escolhas pelos agentes públicos, porque, em nome da segurança e legalidade, negam espaço para a interpretação e para a controvérsia. Isso representa resquício do pensamento jurídico liberal ainda predominante, que acreditava na verdade absoluta defendida na filosofia de Platão,⁵⁵ a de que existia pronta e devia ser encontrada no texto da norma.

A busca por unidade de sentido da letra da lei e a consequente existência de resposta certa a ser encontrada no Direito, ainda hoje, tem influenciado a produção de teorias como a de Dworkin.

Entretanto, ao contrário do que se tornou padrão epistemológico imposto pelo Racionalismo, Aristóteles

⁵⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 7.

⁵⁵ Platão. **A República**. Trad. de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004. Entendia que os filósofos deveriam amar a verdade pura. Somente o filósofo podia conhecer o “ser” que é o conhecimento revelado pela ciência, sendo que os demais conhecimentos, não científicos, são opiniões e desconhecimento.

afirmava que o Direito não tratava de verdades necessárias, operando, ao contrário, com verdades contingentes, com juízos de razoabilidade, que jamais atingem a pretendida certeza das verdades científicas; e que, além disso, estarão sempre permeadas de alguma parcela de “juízos de valor”.⁵⁶

Para Ovídio Baptista, seguindo Aristóteles, as verdades não são absolutas, mas sempre relativas, porque possíveis e incertas, que dependem da apreciação do mundo concreto e da interpretação, mais ou menos variável, de cada um. É que, até mesmo na seara das ciências experimentais, como a Física e a Matemática, se admite um grau de subjetividade do sujeito observador, haja vista que a neutralidade absoluta é um mito. Esta compreensão é importante porque relativiza as teorias racionalistas, próprias das ciências exatas, que foram introduzidas no pensamento jurídico pelo movimento positivista de inspiração liberal.

A pragmática revela que a autoridade que opera com o direito, quando decide não encontra, nem faz a verdade, mas tenta resolver conflitos ou implementar direitos razoavelmente presentes na lei, devendo ter em mente que sempre existirão outras decisões e interpretações plausíveis. A verdade científica existe, por conseguinte, apenas para o sujeito que nela crê – hermeticamente fechada em si –, sendo impossível ser demonstrada como uma verdade pura e integral.

O pensamento jurídico moderno foi influenciado pela teoria kantiana,⁵⁷ que concebia o mundo real separado em dois mundos, quais sejam: “mundo do ser e do dever ser”, que não se comunicavam jamais. Esta concepção do mundo influenciou a ciência jurídica, que passou a utilizar-se do normativismo, que consistia em abstratamente prever situações fáticas hipotéticas, *a priori*, e as consequentes

⁵⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 8.

⁵⁷ Sobre a separação do “ser” e do “dever ser”: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1985.

soluções. Assim, o pensamento jurídico separava o fato do direito, haja vista que o direito e a solução jurídica já estavam previstos antes, e separados do fato. Por isso o normativismo jurídico operava mediante uma lógica determinista e inflexível, fazendo a “justiça da lei”,⁵⁸ ou seja, a solução existente estava prevista na norma (dever ser) e não sofria influência dos fatos e de suas circunstâncias.

Esta separação entre “norma” e “fato”, que torna o caso concreto um simples exemplar de uma seriação de fatos “idênticos”, portanto capazes de serem inseridos na “norma”, através de um processo de “fungibilização” do fático, que o identifica (troca) por outros da mesma série, é a idéia que preside o feroz normativismo a que estamos submetidos.⁵⁹

Este pensamento jurídico trabalha a ideia de que o Estado pode emitir decisões objetivamente iguais para fatos iguais, numa seriação infinita. Com isso, o Estado retira todo o conteúdo humano da decisão e despreza a complexidade do meio em que o fato, igualmente complexo, ocorre. A administração pública, influenciada pelo pensamento jurídico-liberal crê que toda decisão pode ser assinada por qualquer outro servidor com mesma atribuição, haja vista que todos somente poderão escolher a mesma resposta certa. Isso provoca um deslocamento de finalidade do direito, deixando de ser a justiça para ser a segurança. Assim, o ato jurídico decisório válido e aceitável não precisa ser justo,

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Comp. por Nello Moura. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 38. Resta naturalmente o problema de garantir o cidadão (e o meio ambiente) contra as arbitrariedades do próprio Poder Legislativo, arbitrariedades que podem ser muito mais graves e perigosas porque, se o juiz abusa de seu poder, só se ressentirão disto as partes cuja controvérsia ele está resolvendo, mas se o legislador abusa de seu poder, toda a sociedade se ressentirá disto.

⁵⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 9.

desde que obedeça ao procedimento que o torna previsivelmente seguro, e o ato jurídico um mero exemplar de atos administrativos passados pretensamente idênticos.

Estas constatações decorrem de operadores do direito que, inseguros, vivem à espera de soluções jurídicas uníssonas, caracterizadas pela verdade e pelas certezas, esquecendo que toda a decisão pública é apenas um julgamento humano, que deve ser plausível e razoável,⁶⁰ mas que pode conter defecções próprias da natureza humana. Conforme ensina Aarnio,⁶¹ a “verdade jurídica” é aquela afirmação racional produto da interpretação razoável da dogmática, feita pela maioria da comunidade jurídica, ou seja, o que existe é *uma aproximação da verdade* aceita pela maioria.

Neste mesmo sentido está a lição de Mello, quando examina atos jurídicos praticados pela administração pública:

Assim como a dúvida pode se instaurar precedentemente, em inúmeras situações, quando, então, haverá espaço para um juízo subjetivo pessoal, do administrador [...] haverá sempre uma zona de certeza positiva, na qual ninguém duvidará [...] uma zona circundante onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa.⁶²

⁶⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 182. É o logos dos problemas humanos relativos à conduta prática, isto é, o logos do razoável. Fundamentalmente este difere daquela, porque o racional puro da lógica das inferências é meramente explicativo das conexões entre ideias, ao passo que a Lógica do Razoável tenta compreender e entender sentidos e nexos entre significações, ao mesmo tempo em que realiza operações de valoração, estabelecendo finalidades e fixa propósitos.

⁶¹ **Li racional como razonable**, edição inglesa de 1987, versão espanhola 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. p. 286. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 14).

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 427.

A lição de Aarnio demonstra que, na seara jurídica, a verdade deve ser entendida como validade, ou seja, tanto será “mais” verdadeiro quanto mais reconhecidamente válido for o argumento para uma dada comunidade de juristas, segundo um juízo de razoabilidade e não de certeza absoluta. Este entendimento aproxima-se da racionalidade baseada na complexidade, porque insere a dúvida e desacredita nas interpretações universalmente certas para qualquer direito e, sobretudo para o ambiental. Na mesma esteira, o Min. Celso de Mello demonstra que a dúvida e as incertezas estão presentes nos atos administrativos, reconhecendo, por conseguinte, a necessidade de juízos de verossimilhança também no direito administrativo. A verdade científica produzida pela ciência jurídica não é exata e variável no tempo, a depender do contexto histórico.

Esta compreensão das verdades científicas é extremamente pertinente para buscar respostas às questões ambientais, que reclamam frequentemente a conjugação do risco com a precaução. O meio ambiente é sabidamente um meio incerto, porque sua harmonia decorre de infinitas reações, interligações e dependências jamais passíveis de serem conhecidas completamente pelo homem.

De posse desta compreensão, Morin,⁶³ tratando da dupla e antagônica necessidade do risco e da compreensão, assevera que este antagonismo “nos leva a pensar sobre a relação complexa entre o risco e precaução. Para toda ação empreendida num meio incerto, há antagonismo entre o princípio do risco e o princípio da precaução; ambos sendo necessários”; devemos avançar lentamente, cientes de que jamais teremos certeza absoluta de nada neste universo, por conseguinte, possíveis, mas de resultados incertos, haja vista que ocorrem num meio natural e social incerto, inseridos na ecologia da ação.⁶⁴

⁶³ MORIN, Edgar. *O Método 6: Ética*. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 42.

⁶⁴ A ecologia da ação indica-nos que toda ação escapa, cada vez mais, à vontade de seu autor, na medida em que entra no jogo das inter-retro-ações do meio onde intervém. (p. 4).

Conforme os professores Carlos Alberto Lunelli e Jeferson Marin,⁶⁵ a dúvida está presente no meio que exige “um pensar complexo que consiste em dizer que a incerteza não deve ser expulsa, mas integrada, que a dúvida não é desvalorizada, mas tomada em consideração”.

A realidade,⁶⁶ ou seja, o mundo dos fatos muda e mudará constantemente, por conseguinte o direito deve ser buscado a partir do fato e não o inverso. Assim, toda teorização da ciência jurídica deve ser pensada a partir dos fatos, porque são eles que constroem a realidade e o mundo perceptível. Esta primeira constatação rejeita a premissa da teoria de Dworkin,⁶⁷ que afirma ser possível teorizar o direito desconsiderando os fatos. Para ele os fatos são irrelevantes para bem aplicar o direito, que é uma entidade capaz de produzir a “resposta certa”. Dessa forma, as pretensões resistidas pelas partes e as controvérsias decorrentes não seriam mais do que exemplares de casos iguais, que ocorrem na sociedade e merecem a solução aplicada aos casos “idênticos”, já uniformizados pela norma.

Criticando a teoria proposta por Dworkin, veja-se o ensinamento de Ovídio Baptista:

A sentença nada poderia ter de subjetividade do julgador. Ela poderia ser subscrita por qualquer juiz integrante do mesmo grupo profissional. Expulsa-se das decisões judiciais qualquer resquício de subjetividade, que naturalmente, não se deve confundir com arbitrariedade. A parcela subjetiva que está imanente

⁶⁵ LUNELLI, Carlos; MARIN, Jeferson. Educação e cidadania na ciência jurídica: os contributos da teoria da complexidade para a alfabetização ecológica. In: LUNELLI, Carlos; MARIN, Jeferson. **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 15.

⁶⁶ ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 976: Aqui considerado em seu sentido próprio e específico, esse termo indica o modo de ser das coisas existentes fora da mente humana ou independente dela.

⁶⁷ Para saber mais sobre a premissa examinar: **Uma questão de princípio**, Harvard University Press, 1985, versão brasileira, 2000, Martins Fontes, São Paulo, p. 175.

no ato de julgamento é uma subjetividade que decorre dos valores dominantes na comunidade social, interpretados pelo julgador.⁶⁸

Acreditando-se que a solução correta esteja presente na norma, a autoridade deveria, apenas e tão somente, declará-la. A declaração dispensa qualquer exercício hermenêutico e discricionariedade do julgador porque, havendo “a” resposta certa, esta precisa ser encontrada por todos os julgadores que conhecem e aplicam normas, ou seja, o direito e a justiça estariam postas pelo legislador. Este pensamento jurídico-liberal contribuiu para a manutenção do *status quo* socioambiental e foi o mantenedor de miséria social e degradação ambiental, porque impediu que o direito fosse interpretado de modo a permitir mudanças socioambientais, haja vista, que os operadores do direito ficam “presos” ao texto da norma elaborado por legisladores, muitas vezes, comprometidos com a manutenção do poder vigente. Nesse sentido, o direito passa a ser instrumento da manutenção de interesses políticos.

Não bastasse isso, o pensamento jurídico-liberal que inspirou o positivismo ortodoxo alicerçou seus fundamentos na separação entre direito e moral, excluindo todo juízo de valor, ou seja, colocou de um lado o direito e, de outro, a ética, tradição, cultura e a moral. O conhecimento jurídico que desconhece a ética gerou graves consequências, para possibilitar a manutenção de injustiças legais. Neste sentido, reconhecendo a necessidade dos juízos de valor para a correta elaboração do raciocínio jurídico, já mencionamos em trabalho precedente:

É de extrema necessidade a incorporação de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, rendendo-se ao fato de que o labor jurisdicional representa

⁶⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 23.

ato de inteligência, não de mera reprodução da letra morta da lei, derrocando a ideologia anacrônica do racionalismo exacerbado, que alicerça o processo, fulminando com sua efetividade.⁶⁹

Também rechaçando as teorias desumanizadas que apostam na justiça legal, pontua Ovídio Baptista:

Também não aceito a doutrina sustentada por Dworkin quando ele exige que o julgador, ao decidir uma causa, seja capaz de estabelecer uma solução “certa”; em outras: palavras, ele não admite que o sistema jurídico conceda ao juiz a menor dose de poder discricionário. Sua conclusão está intimamente ligada à premissa de que a sentença deva conter apenas uma resposta “correta”, que seria a resposta “certa”.⁷⁰

O pensamento jurídico proposto por Dworkin, que acredita na possibilidade de uma decisão com única resposta certa, demonstra sua preocupação com o texto da lei, assim como foi o pensamento jurídico verificado logo após a Revolução Francesa e a promulgação dos códigos napoleônicos, reduzindo toda jurisdição ao texto. Cabe referir que tal corrente de pensamento ficou ultrapassada nas primeiras décadas que a seguiram, assim como a Escola de Exegese e o pensamento de Savigny.

As questões ambientais enfrentadas atualmente servem de exemplo para demonstrar o quanto este pensamento jurídico se mostra inapropriado. É que há muito se reconhece que o direito não é completo, e que suas normas não contêm todas as respostas. Basta pensarmos como poderia um parlamento legislar integralmente sobre a biologia molecular e os riscos envolvidos, que são desconhecidos

⁶⁹ MARIN, Jeferson Dytz (coord.). **Jurisdição e processo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 156. v. III.

⁷⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 26.

até mesmo pela comunidade científica da área. Diante de uma realidade pautada pela complexidade, em que sequer os riscos são plenamente conhecidos, a resposta certa, se houvesse, estaria na resposta multidisciplinar, muito além do direito, que envolvesse todo conhecimento produzido e, mesmo assim, estaria incompleta. “Dessa forma, ergue-se contra os muros das disciplinas para propor um conhecimento multidisciplinar e, no limite, transdisciplinar, afirmando que nossos princípios de conhecimento ocultam o que é mais vital de conhecer”.⁷¹

A discricionariedade não pode ser confundida com arbítrio. Este é fruto do normativismo exagerado, que suplantou o positivismo. Arbitrária é a decisão da autoridade não fundamentada ou fundamentada ilegitimamente, assim como é arbitrária a decisão que “apenas” declara a letra da lei, sem fazer o cotejo dos detalhes fáticos à previsão normativa, que envolve a interpretação de todo o ordenamento jurídico (e não apenas a letra da lei).

Mas além da constatação indesmentível de que as sentenças arbitrárias são frutos da ausência de fundamentação, ainda existe um poderoso testemunho representado por eminentíssimos juristas e filósofos do direito que, não sendo positivistas, sustentam, com vigor, a existência de discricionariedade em todas as decisões jurisdicionais.⁷²

Consoante à doutrina de Justen Filho, a discricionariedade está presente em muitos atos administrativos, como meio para adequação do caso concreto com o direito vigente,

⁷¹ LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. Educação e cidadania na ciência jurídica: os contributos da teoria da complexidade para a alfabetização ecológica. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 15.

⁷² LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. Educação e cidadania na ciência jurídica: os contributos da teoria da complexidade para a alfabetização ecológica. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 29.

com o fim de melhor atingir o interesse público, por conseguinte, sempre dependendo da análise do caso concreto. Consoante o autor:

Mais precisamente, o direito adota uma disciplina discricionária como meio intencional destinado a assegurar a realização mais satisfatória e adequada da atividade administrativa. Por isso, a discricionariedade não pode ser identificada como uma liberdade, nem como um direito subjetivo de natureza privada.⁷³

Assim, pode-se afirmar que a discricionariedade é fenômeno imanente ao direito, presente em todos seus ramos, porque ela se liga à interpretação dos fatos, que por sua vez são a razão de existir do direito. Os fatos jurídicos *lato sensu*⁷⁴ ocorrem na sociedade que é a semente do direito. Na seara ambiental, todo o agente público deve praticar atos administrativos, satisfazendo os deveres de proteção ecológica, porque esta é uma das tarefas da administração pública brasileira. Por isso, a aplicação de qualquer norma depende da ponderação de interesses, incluindo, sobretudo, o ambiental, que se faz através do exercício da discricionariedade e da interpretação dos fatos e de seus riscos subjacentes.

A história, como o Direito, são ciências hermenêuticas, ciências da compreensão, que envolvem, necessariamente, a figura do intérprete, envolvido em seu condicionalismo histórico. Daí porque será sempre equivocado procurar “verdades” ou buscar, na atividade judicante, o “certo” e o “errado”.⁷⁵

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 154.

⁷⁴ Em sentido amplo: englobando a categoria dos atos jurídicos que decorrem da vontade do sujeito e não apenas os fatos em sentido estrito, que não contêm os atos volitivos.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

De posse destes argumentos, é possível concluir que a aplicação da técnica de subsunção linear,⁷⁶ que despreza as características e circunstâncias do fato, a fim de encaixá-lo (à força) na norma, sob o argumento de ser idêntico aos anteriormente subsumidos, além de antidemocrático, gera enormes arbitrariedades, justamente por impedir o hermenêuta de usar sua discricionariedade. Permitida a discricionariedade na análise dos fatos, as decisões “tornar-se-ão um reflexo da constelação de valores válidos para as circunstâncias históricas que os produziram”,⁷⁷ aptas a concretizarem o Estado Socioambiental de Direito previsto, como meta da constituição presente.

2 Incerteza e verossimilhança

O racionalismo jurídico radicalizado por Spinoza e Leibniz perseguia a segurança. Para tanto, introduziu a lógica matemática no direito, banindo os juízos de verossimilhança; haja vista que somente a verdade era o objetivo das ciências, inclusive da ciência jurídica, que precisava provar a validade dos conhecimentos por ela produzidos, em uma lógica formal. Lógica que era depositária da crença de produzir um conhecimento seguro porque, somente, racional. A verossimilhança da vida prática fora negada na teoria cartesiana. Descartes⁷⁸ separa absolutamente a

⁷⁶ Que desconsidera a incerteza e complexidade do meio onde ocorrem os fatos.

⁷⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 36.

⁷⁸ DESCARTES, Rene. **Princípios de filosofia**. São Paulo: Hernus – Livraria Editora Ltda., 1968. (Apud SILVA, p. 50. Versão brasileira). É conveniente, contudo, observar que de nenhuma forma compreendo que nos sirvamos desse modo tão generalizado de duvidar, senão quando dedicarmos-nos à contemplação da verdade. Porque é exato que, em tudo quanto diz respeito à orientação de nossa existência, nos encontremos, muitas vezes, obrigados a seguir opiniões verossímeis, visto que as oportunidades de agir nos negócios passariam em geral antes que pudéssemos nos livrar de todas as dúvidas. E quando forem diversas dessas

teoria da prática, por conseguinte separa verdade e verossimilhança; entretanto, reconhecendo o constante estado de dúvida, é forçado a reconhecer que a razão humana se utiliza da verossimilhança para fazer escolhas necessárias à existência real. As oportunidades reais da vida não esperam o tempo necessário para que a mente humana faça cognições exaurientes e acabe com as incertezas.

Vencido pelas leis universais, Descartes reconhecia a existência e importância da verossimilhança diante da necessidade de decidir, e, por isso, reconhecia ser necessária uma decisão baseada em cognição sumária, fundamentada na verossimilhança, se a vida real assim reclamasse. A par disso é possível concluir que a ciência jurídica admitida por ele permitia escolhas decorrentes da discricionariedade. Porém, outras matrizes teóricas derivadas de sua obra reduziram o racionalismo cartesiano ainda mais, postulando que toda a ciência deveria ser comprovada experimentalmente.

Avaliando este pensamento jurídico, Ovídio Baptista argumenta:

A Ciência e a Lei, depositárias da confiança da modernidade na construção de um mundo seguro, transformaram-se nos grandes promotores da insegurança, que nos atormenta. É a vingança da natureza contra utópica e irresponsável soberba daqueles que, por ambição ou vaidade, jogaram o Homem contra ela. Estamos pagando o preço dessa inédita e irresponsável experiência política.⁷⁹

Com base nos estudos de Beck,⁸⁰ verifica-se que a tecno-

oportunidades de agir a propósito de um mesmo tema, mesmo que não concedamos, talvez, mais verossimilhança a umas do que a outras, se a ação não admite temporização, a razão requer que façamos a escolha de uma delas e que, depois de feita a escolha, sigamo-la com firmeza, como se a tivéssemos considerado muito certa.

⁷⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p.53.

⁸⁰ Para saber mais consultar **La sociedad del riesgo: hacia una nueva**

ciência desenvolveu-se muito na modernidade, a ponto de criar uma sociedade de riscos criados pelo homem. A aproximação da tecnologia com a ciência, impulsionada pela economia do liberalismo, produziu a tecnociência. Esta evolução técnica trouxe alguns benefícios e também gerou uma crise socioambiental sem precedentes. É que a autonomia da ciência moderna desconsiderou valores éticos e tudo o que não fosse “verificável”; assim o cientista pôde conhecer tudo sem nenhum limite, não imposto pela lei. Todos os desenvolvimentos e todas as transformações históricas das nossas sociedades contam entre suas causas e efeitos o desenvolvimento da tecnociência.⁸¹ Neste sentido está a crítica de Ovídio:

Basta recordar a poderosa agressão ao meio ambiente e os justificados temores originários da indústria – pacífica ou bélica – atômica, sem mencionar as angústias e sobressaltos em nossas vidas pessoais, ante a incerteza de um futuro incapaz de ser sequer ser previsível, quanto mais sujeito a controles.⁸²

Nessa esteira, constata Morin:

A ciência, aventura desinteressada, cai nas malhas dos interesses econômicos; a ciência, aventura apolítica, torna-se refém das forças políticas, em primeiro lugar pelo Estado. Os cientistas não controlam os poderes que emanam dos seus laboratórios. Esses poderes estão concentrados nas mãos das empresas e das potências estatais.⁸³

modernidad, versão espanhola do original alemão de 1986: Barcelona: Paidós, 1998.

⁸¹ MORIN, Edgar. **O Método 6: Ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 70.

⁸² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 53.

⁸³ MORIN, Edgar. **O Método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005. p.70.

Como se pode notar, o pensamento jurídico racionalista trouxe maior insegurança e catástrofes do que aquelas que pretendia eliminar, porque propôs uma racionalidade excludente e formalista, o que produziu uma ciência idealizada, totalmente distanciada da realidade. Por isso surgiram movimentos contrários a este pensamento jurídico, que propunha unidade epistemológica e uniformidade dos saberes em busca da segurança. Novas correntes se opuseram às concepções errôneas da teoria racionalista, propondo um olhar mais profundo sobre a realidade:

O paradigma que está agora retrocedendo dominou nossa cultura por várias centenas de anos, durante as quais modelou nossa moderna sociedade ocidental e influenciou significativamente o restante do mundo. [...] idéias e valores entrincheirados, entre os quais a visão do universo como um sistema mecânico composto de blocos de construção elementares, a visão do corpo humano como uma máquina, a visão da vida em sociedade como uma luta competitiva pela existência, a crença no progresso material ilimitado, a ser obtido por intermédio de crescimento econômico e tecnológico, [...].⁸⁴

O conhecimento decorrente da descoberta ou da compreensão é produzido a partir de um meio incerto, de possibilidades infinitas⁸⁵ e, por conseguinte, também incerto. O conhecimento produzido traz consigo as

⁸⁴ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Trad. de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 25.

⁸⁵ Para saber mais, conferir: OLIVEIRA, Ivan S. **Ciência hoje** – volume 47. Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas (RJ). p. 42-46. De maneira simplificada, na física quântica, todas as nossas possibilidades estão acontecendo simultaneamente e as propriedades físicas dos objetos dependem da observação e por isso quando focamos a nossa atenção para a realidade, apenas uma possibilidade é concebida como real para que possamos experimentá-la como experiência de vida.

características do seu meio. Para Morin⁸⁶ a “consciência da aposta é, ao mesmo tempo, a consciência da incerteza, da decisão e a da necessidade de uma estratégia. Essas três consciências interligam-se e alimentam-se”. A partir destas constatações, é possível afirmar que as “decisões plausíveis são escolhas” possíveis e possivelmente certas (ou erradas), dependendo da realidade experimentada. Assim, o sujeito deverá sempre interpretar a realidade fática e escolher o mérito decisório, bem como apostar na sua correção.

Qualquer conhecimento que decorra da análise dos fatos deve ter presente a ideia de que a compreensão do fato sempre ocorre atrelada aos valores do indivíduo. Como ensina Gottfried von Herder,⁸⁷ “fato e valor constituem uma unidade”. Nesse sentido, o operador do direito deve comportar-se como um hermeneuta dotado de sensibilidade artística e discernimento histórico, a fim de produzir uma interpretação científica livre, sem estar condicionado ao normativismo apriorístico, que o impede de enxergar o universo com toda sua complexidade.

A ciência jurídica deve perceber que o direito não é uma entidade fechada na lei dada, mas sim o resultado de um processo influenciado por centenas de fatores relacionados com a razão e com o espírito. Direito não é razão, é mais. O direito não está somente nas normas, mas está nas ruas, nas pessoas, nos animais e no mundo natural, e o hermeneuta deve estar aberto para perceber o texto e o contexto, a fim de produzir o direito.

Procurando a natureza íntima do direito, Ovídio Baptista⁸⁸ investiga “o que é o direito” a partir das contri-

⁸⁶ MORIN, Edgar. **O Método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 56.

⁸⁷ BERLIN, Isaiah. Vico e Herder, ensaios produzidos no período compreendido entre 1957-1965, versão portuguesa, Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 141 *apud* SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 61.

⁸⁸ BERLIN, Isaiah. Vico e Herder, ensaios produzidos no período compreendido entre 1957-1965. Brasília: Ed. da UnB, 1982. p. 141. Versão portuguesa. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 63.

buições teóricas de Kaufmann,⁸⁹ “segundo a qual o direito não é uma coisa, como o pensamento moderno o concebe e o trata. O direito é uma relação”.

Afirmando que o direito é mais do que um conjunto de artigos de lei com características elaboradas *a priori*⁹⁰ (dos fatos que irá regular), aptas a constituírem uma justiça abstrata.⁹¹ Devendo ser uma relação pautada pela analogia, capaz de conciliar identidades e diferenças, através da aplicação de juízos de adequação, aproximando o direito aos fatos concretos, em busca de justiça concreta. O referido autor observa em Radbruch⁹² uma compreensão semelhante, destacando que a “justiça” só pode ser encontrada em relações entre pessoas.

Consoante Jhering:

La ley escrita, por ejemplo, sobre La cual nuestra ciência jurídica positiva pretende hoy edificar todo El sistema, no puede ser tenida por otra cosa que una información muy limitada Del Derecho, resultante de um conjunto de disposiciones consagradas por um órgão superior, al efecto de establecer, sin oposicion, algunas regras que han parecido susceptibles de uma fórmula clara o prácticamente indispensables.⁹³

⁸⁹ KAUFMANN, Arthur. **Filodofia del diritto ed ermeneutica**, Roma: Giuffrè, 2003. p. 110 (*Apud* SILVA, *op. cit.*, p. 63).

⁹⁰ Rudolf Jhering referindo-se a Potalis e a sua célebre “Discours preliminar”, impugnando a ambiciosa pretensão dos autores do projeto de Código Civil de produzirem uma obra perfeita e sem lacunas, insiste em que será essa ambição sempre um vão sofisma, pois nenhum código poderá abarcar a realidade toda, provendo, antecipadamente, sobre as infinitas situações reais que possam ter lugar no futuro (*Apud* SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 71).

⁹¹ GENY, François. Essa dialética abstrata desligada dos fatos, consistente toda ela em concepções e construções puramente ideais. In: GENY, François. **Método de interpretacion e fuente em derecho privado positivo**. 1925. p.72.

⁹² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 5. rev. port. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974. p. 88.

⁹³ JHERING, Rudolf von. **Discours preliminar**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30043651.pdf>. acesso em: jul. 2020.

A partir destas exposições é possível concluir que o direito é mais do que uma série de artigos de lei elaborados previamente por um legislador, como pretendia a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico. Possui métodos interpretativos que vão além da interpretação mecanicista,⁹⁴ em que prevalece o declarativo sobre o produtivo e constitutivo do direito, bem como, que deve existir para alcançar a justiça, haja vista que o jurista não é uma máquina de repetição a partir da subsunção. Nesta esteira, todo o direito deve ter por fim a concretização material da justiça ideal, que jamais estará encerrada em um objeto (direito normativo), mas nas relações existentes entre homens plurais que vivem fatos históricos reais.

3 Justiça administrativa no Brasil

A justiça no pensamento positivista clássico transformou-se em proceder técnico-legalista, vazio e sem conteúdo semântico determinado. O direito legal, objeto da modernidade, tornou-se instrumento dos Poderes Político e Econômico, servindo como instrumento para a concretização de qualquer finalidade, inclusive a dominação de “recursos” ambientais pelas minorias que detêm poder. Esta visão de justiça ainda predomina no espaço administrativo brasileiro, provocando decisões públicas equivocadas, porque fundada no formalismo normativista.

A ideia de justiça administrativa, capaz de concretizar o estado socioambiental, precisa ser concebida como algo diferente daquela “conformidade” com a norma positivada. Justiça não é formalismo jurídico, porque ela é ideia norteadora e finalidade que o jurídico deve alcançar e, por isso (a justiça), está fora do direito. Justiça é considerada meta e valor de toda a atividade executivo-administrativa,

⁹⁴ Para saber mais conferir BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Comp. por Nello Moura. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135.

pois é ela que deve dar sentido às práticas burocráticas do Estado de Direito.

Uma das atribuições constitucionais específicas dos órgãos públicos executivos, de suma importância para a concretização do Estado Socioambiental⁹⁵ está na tarefa pública de controlar a produção, construção de obra ou desenvolvimento de atividades potencialmente poluidoras.⁹⁶ Esta tarefa é desenvolvida, através do processamento de pedidos, realizados por entidades públicas ou privadas, de outorgas ambientais, que são emitidas por atos administrativos expedidos na forma de alvarás de licenças ou autorizações. É importante compreender que os atos administrativos, por força da Constituição, devem decorrer de um devido processo ambiental, com procedimento que assegure todas as garantias constitucionais processuais.

Abaixo garantia processual prescrita no art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados

⁹⁵ ANDREAS, J. Krell; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 7. A Constituição Federal de 1988, pelo menos é isto que – a despeito da controvérsia que se verifica até mesmo em torno da terminologia mais adequada – se assume como premissa, é, também e acima de tudo, a Constituição de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito, compreendido, em linhas gerais, como um Estado comprometido com o respeito a proteção e promoção tanto da dignidade humana quanto da dignidade da vida em geral.

⁹⁶ A falta de licenciamento por órgão ambiental competente configura delito no art. 60 da Lei n. 9.605/1998: construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.

o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Esta garantia processual-constitucional deve ser aplicada, inclusive, aos processos administrativo-ambientais, em todos os procedimentos, com toda força e extensão de seu núcleo normativo, porque os envolvidos e interessados comportam-se como verdadeiros litigantes, resistindo às pretensões mutuamente e envolvendo a participação de associações ambientais,⁹⁷ do Ministério Público e de outros interessados⁹⁸ diretos e indiretos.

Diante da tensão existente entre direitos fundamentais e ambientais e direitos fundamentais de livre-iniciativa, os processos administrativos de outorga ambiental são verdadeiras lides,⁹⁹ os quais, na maioria das vezes, envolvem maior complexidade do que as lides jurisdicionais.

A tutela administrativo-ambiental, no Brasil, ainda se dá sob a estreita via do princípio da legalidade, que é definido pela doutrina jurídico-administrativa brasileira majoritária, como sendo a base da configuração da burocracia. Para esta corrente, o princípio da legalidade é consequência do Estado de Direito, que visa estabilizar as relações sociais e dar previsibilidade à ação estatal. Tal entendimento consagra a ideia de que a administração pública só pode ser exercida em conformidade com a lei, ou seja, toda sua atividade é sublegal ou infralegal. Este entendimento merece crítica porque é a justiça que estabiliza as relações sociais e não a mera conformidade às leis, muitas vezes maiores produtoras de injustiça.

Na verdade, a crença de que o princípio da legalidade é a tradução de um propósito político-liberal, que em dois

⁹⁷ Impropriamente denominadas Organizações Não Governamentais.

⁹⁸ Entende-se que qualquer cidadão tem direito de consultar os autos, bem como qualquer membro de conselhos municipais ambientais.

⁹⁹ CARNELÚTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Ed. Servanda, 2010. p. 26: A lide é, pois um desacordo. Elemento essencial do desacordo é um conflito de interesses.

tempos: visa manter a separação dos poderes através da submissão dos agentes públicos do Poder Executivo a um quadro legal elaborado pelo Poder Legislativo, que evite favoritismos, desmandos, perseguições, abusos de poder e o absolutismo do executivo; também negativamente mantém um quadro político que impede a administração pública de ser uma agente modificadora socioambiental ativa para a concretização da constituição federal, haja vista que fica com as “mãos” amarradas pela Lei.

A tradição doutrinária legalista brasileira crê e declara, com toda intensidade possível, que a função executivo-administrativa deve cumprir e dar concreção à lei, sendo-lhe terminantemente vedado atuar *praeter legem*, mas permitido apenas agir *secundum legem*, porque a administração só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza, porque a administração é a *longa manus* do legislador e, por isso, a atividade administrativa deve ser de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais, obediente a uma lógica determinista de repetição em série daquilo que foi previamente programado na lei.

Veja-se o posicionamento de Meirelles:

A legalidade significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei [...] não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal conforme o caso. Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal [...] na Administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza [...] para o administrador público significa deve fazer assim.¹⁰⁰

Pode-se afirmar que a Administração Pública no Brasil aplica a justiça formal da lei nos moldes preconizados pelo

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87.

Iluminismo, modelo ultrapassado há mais de um século, em que o julgador presta uma jurisdição administrativa meramente declaratória e arbitrária, impondo a lei ao arrepio das particularidades de cada caso concreto e totalmente alheio à realidade histórica.

Veja-se a crítica de Rawls¹⁰¹ à justiça da lei: “É mister a justiça substantiva: O caráter inevitavelmente vago da lei e o vasto âmbito da respectiva interpretação encorajam uma arbitrariedade na decisão que só a fidelidade à justiça pode impedir”.

Sua teoria da justiça propõe que as sociedades liberais, por suas instituições, devam conduzir-se, através de normas justas elaboradas numa situação de equidade. Nela, a justiça possui conteúdo moral, econômico e político, por conseguinte não apenas jurídica e depende da obediência ao acordo firmado na posição inicial de equidade. Esta igualdade inicial, na escolha dos princípios, somada à liberdade para aderir ao acordo, demonstra que Rawls propõe um novo contratualismo, diferente do anterior, na medida em que não está focado no indivíduo, mas nas instituições sociais estabelecidas.

Assim, reconhecendo o pluralismo natural das sociedades liberais, sua teoria não se propõe a categorizar as escolhas como “certas” ou “erradas”, porque a sociedade é plural e por isso caracterizada pela indefinição, haja que cada indivíduo teria algumas posições plausíveis. Sua proposta de procedimentalismo (quase) puro visa a categorizar o “justo” ou “injusto” para as instituições públicas, propondo que o agir destas instituições é que concretizará a justiça para todos. É que o agir das instituições beneficia ou prejudica toda a comunidade de forma geral.

¹⁰¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Harvard: Harvard University Press, 1985. Versão brasileira: São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 91.

3.1 Proposta de justiça administrativo-ambiental

A partir da contribuição da obra *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls, propõe-se que o processo das decisões administrativas ambientais seja um instrumento produtor de atos administrativos justos, na medida em que devem ser produzidos pautados pela igualdade, liberdade e cooperação¹⁰² nas relações entre os órgãos públicos e pessoas sujeitas às suas decisões. A proposta de justiça institucional dá suporte a processos decisórios isonômicos, na medida em que a administração republicana e democrática está, durante o processo, no mesmo grau hierárquico que qualquer participante no processo. Tal modelo processual está em consonância com o pacto constitucional que é modelo inicial para qualquer atuação estatal, haja vista que fora acordado, sob véu da ignorância, que a regra para atuação da burocracia estatal, seria a democracia republicana para concretização de uma sociedade justa e solidária.¹⁰³

Isso, não impede, contudo, que a administração exerça assimetricamente (em desigualdade) seu papel de decidir, atuando como concretizadora da ordem constitucional, quando no momento de exarar a decisão pública

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 85: Na teoria da justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento de natureza cooperativa, que visa obter vantagens mútuas para os participantes. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um sistema de atividades que leva os homens a agirem em conjunto de modo a produzirem maior soma de benefícios e que atribui a cada um certos direitos, que são reconhecidos, a uma parte dos resultados respectivos.

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

legitimamente fundamentada, a fim de concretizar direitos fundamentais na satisfação do interesse público ambiental.

A administração pública para ser justa no exercício da função executiva, deve agir pautada pela equidade,¹⁰⁴ pois só pode certificar direitos, a partir de um processo decisório aderente aos princípios morais e políticos presentes na Constituição. Fora desta ideia, até poderá proferir decisões válidas e legais, porém injustas. É que a justiça não decorre do formalismo normativo legalista, porque ela não está no direito, ou seja, justiça não é jurídica, porque ela é um fim a que o direito se propõe a atingir. Justiça e direito são conceitos diferentes que podem andar juntos, mas não se confundem.

À semelhança das proposições de Rawls, os órgãos administrativo-ambientais distribuem benefícios e oportunidades reconhecidas, de ordem econômica e política, através de suas outorgas ambientais. Por isso, as instituições ambientais devem aproximar-se de práticas justas,¹⁰⁵ a fim de garantirem sua permanência estável no quadro institucional do País.¹⁰⁶ Isso depende da adesão ao processo decisório ao pacto inicial, haja vista que o Estado e a coletividade, unanimemente, são favoráveis a que se cumpram os princípios de justiça previstos na Constituição. A unanimidade decorre do fato de que a constituição representa um modelo de pacto social inicial, em que os legisladores originários, atuam como representantes de pessoas plurais,

¹⁰⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, p. 1993. p. 34: Isto explica a propriedade da designação justiça como equidade: ela transmite a ideia de que o acordo sobre os princípios da justiça é alcançado numa situação inicial que é equitativa.

¹⁰⁵ RAWLS, *op. cit.*, 1993, p. 86: A justiça processual pura, por seu lado, aplica-se quando não há critério independente para o resultado justo: em vez disso, existe um processo correto ou equitativo que permite que o resultado, seja ele qual for, será igualmente correto ou equitativo desde que o processo tenha sido devidamente respeitado. Esta situação pode ser demonstrada por um jogo de azar.

¹⁰⁶ Veja-se a pertinência da perenidade dos órgãos ambientais, na medida em que um dos objetivos da conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável é analisar o quadro institucional para o desenvolvimento sustentável dos países participantes.

das quais desconheciam a condição, bem como suas aptidões, seus projetos, interesses e condições pessoais.

Logo a justiça institucional depende da ação, segundo o pacto que foi elaborado, numa posição inicial hipotética, sob o véu da ignorância em que os legisladores conscientes, livres e voluntários, que estavam em condição de equidade no momento da escolha de direitos e deveres, elaboraram princípios para as instituições do Estado e da sociedade brasileira. Contudo, o pacto não se faz de uma só vez, é ele um processo reiterado que deve ser concretizado todos os dias, em todas as ações administrativas de todas as instituições ambientais. A estabilidade da constituição e dos seus órgãos públicos depende da renovação constante da adesão inicial, que por certo se mostra na atuação das instituições.

No tocante à renovação da aderência inicial, pode-se entender que é necessária a reafirmação dos princípios pactuados no passado, assim como a constante recursão sobre os mesmos, a fim de manter sua eficácia e aplicabilidade, na busca da justiça. Sobre a ideia de recursão, veja-se a lição de Morin:¹⁰⁷ “auto-análise, a autocrítica e a ginástica psíquica coincidem na prática recursiva que consiste em avaliar as nossas avaliações, julgar os nossos julgamentos, criticar as nossas críticas”.

Considerações finais

A “justiça da lei” é incapaz de resolver a crise ambiental contemporânea, sobretudo porque este modelo foi um dos causadores da degradação ambiental, porque se baseia no mito da completude do direito, bem como porque valida atos meramente formais descurados dos contextos de onde a decisão pública decorreu e irá se concretizar. Neste sentido, evidencia-se o erro do pensamento positivista ortodoxo, que busca na lei a solução regrada, negando a

¹⁰⁷ MORIN, *op. cit.*, 2005, p. 9.

possibilidade de interpretação ao aplicador.

Diante da realidade sempre contingente, facilmente perceptível a partir da pragmática, Ovídio Baptista evidencia que todo o pensamento jurídico deve internalizar a existência de escolhas, reconhecendo que a lógica formal não se presta para a Ciência Jurídica, porque valida seus conhecimentos pela compreensão. Diante disso, afirma que a discricionariedade está presente em toda a decisão. Por conseguinte conclui que não há verdade, nem respostas certas, mas plausíveis e verossímeis. A assunção da incerteza no pensamento jurídico vai reclamar uma lógica orientada pela complexidade, capaz de conjugar todas as lógicas simultaneamente, com fôlego para realizar uma justiça material-ambiental pautada pela precaução e prevenção do contingente.

O pensamento jurídico próprio das ciências culturais, sensível à complexidade do universo, possibilita ao hermenêuta reconhecer um círculo virtuoso entre a Constituição Federal e conhecimentos pertinentes não legais, possibilitando-lhe soluções legítimas e dinâmicas, capazes de responder aos novos desafios revelados pela sociedade contemporânea.

Nessa esteira, consubstanciado nas teorias de Morin, Capra e Rawls, a Administração Pública deve sepultar o pensamento jurídico legalista de ordem iluminista, abandonando o direito submisso à lei, para inaugurar uma ordem burocrática substantiva justa, que seja capaz de tutelar o meio ambiente baseado nos princípios da precaução, prevenção, democrático e republicano, a fim de produzir uma decisão formalmente justa e materialmente adequada à concretização do Estado Socioambiental de Direito.

4

O Estado Socioambiental: a afirmação de um novo modelo de Estado de Direito no Brasil

Introdução

A promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 significou um novo e importante momento para o País, pois contemplou em seu texto assuntos que sequer haviam sido ventilados pela Constituição de 1967, como, por exemplo, a disciplina ambiental. A Conferência das Nações Unidas que ocorreu em Estocolmo, no ano de 1972, a qual discorreu sobre o Meio Ambiente Humano, aliada ao Relatório Brundtland, intitulado Nosso Futuro Comum, de 1987, podem ser considerados fundamentos que inspiraram o legislador brasileiro a abordar a questão ambiental e atribuir ao meio ambiente *status* de direito fundamental.

Igualmente, retratou em seu texto a condição de Estado Democrático de Direito, bem como ampliou o rol dos direitos fundamentais do homem. Diante das alterações constitucionais instituídas e da crise ambiental experimentada pelo homem, ocorreu a proposta da formação de um novo modelo de Estado de Direito, que contemplasse a questão ambiental.

O presente estudo objetiva realizar uma análise das propostas consignadas pelos autores que pretendem a instituição de um novo modelo de Estado Democrático de Direito, demonstrando seus objetivos e suas perspectivas, bem como efetuando considerações acerca do tema.

Com o intuito de demonstrar a necessidade de incorporar ao Estado Democrático de Direito as dimensões social e ambiental, diversas terminologias são propostas para tratar do mesmo assunto. Permeando o estudo do tema, são abordados os princípios constitucionais da solidariedade e

da equidade intergeracional e as consequências que advêm da crise ambiental que se vivencia e da desídia do homem em relação ao ambiente. Também se menciona a legislação constitucional e infraconstitucional existentes, abordando-se a necessidade da aplicabilidade das referidas normas, através da atuação efetiva do Poder Público, agindo conjuntamente com a sociedade.

Inserido nesse contexto, refere-se à necessidade da reforma do pensamento do ser humano, para que as propostas de um Estado Democrático de Direito, que contemplem todas as dimensões de direitos, possam efetivamente concretizar-se.

1 O surgimento de um novo modelo de Estado de Direito no Brasil

Pode-se afirmar que foi a partir das diretrizes pontuadas pela Conferência de Estocolmo de 1972, seguida do Relatório Brundtland, datado de 1987 e da Rio-92, que o legislador brasileiro abordou a questão ambiental, no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Também é cediço afirmar que a Constituição de 1988, em seu art. 1º, preceitua que o País constitui-se um Estado Democrático de Direito. Entretanto, tomando por base esse modelo de Estado adotado pelo Brasil, somado às questões relacionadas ao meio ambiente, parte da doutrina tem empregado diferentes terminologias para retratar e justificar tanto o atual momento vivenciado pela sociedade, quanto um novo modelo de Estado de Direito.

Primeiramente, menciona-se o posicionamento de Fensterseifer,¹⁰⁸ que utiliza a expressão Estado Socioambiental de Direito, pois refere que o termo socioambiental

¹⁰⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 94.

resulta da necessária convergência das “agendas” social e ambiental, num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano. Igualmente, afirma que no Brasil há um percurso político-jurídico não concluído pelo Estado Social, em razão de o projeto de realização dos direitos fundamentais sociais (de segunda dimensão) não ter se completado.

Fensterseifer justifica a utilização deste novo termo para o Estado Democrático de Direito, assegurando:

O processo histórico, cultural, econômico, político e social gestado ao longo do Século XX, determinou o momento que se vivencia hoje no plano jurídico-constitucional, marcando a passagem do Estado Liberal ao Estado Social e chegando-se ao Estado Socioambiental (também Constitucional e Democrático), em vista do surgimento de direitos de natureza transindividual e universal que tem na proteção do ambiente o seu exemplo mais expressivo.¹⁰⁹

Já Canotilho¹¹⁰ utiliza a terminologia Estado Constitucional Ecológico, pois acredita que as preocupações acerca do ambiente devem ser absorvidas pelo ente estatal, buscando uma democracia sustentada, de forma que “o Estado Constitucional, além de ser e dever ser um estado de Direito democrático e social, deve ser também um estado regido por princípios ecológicos”.

Milaré¹¹¹ acompanha a terminologia proposta por Canotilho, porém a fundamenta na atual crise ambiental experimentada, que denota a ameaça de destruição do meio

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 96.

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 494.

¹¹¹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1114.

ambiente e a necessidade de reação do Estado a novos desafios que provocam o ingresso do Estado Constitucional em seu último estágio evolutivo, a saber: Estado Constitucional Ecológico.

Diante das diversas interpretações acerca do tema, Silva¹¹² relata que não se pode olvidar que o Estado Democrático de Direito, disciplinado na Constituição de 1988, contempla, dentre seus princípios e tarefas, o sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais coletivos, sociais e culturais, garantindo a vigência e a eficácia dos direitos fundamentais, bem como o princípio da justiça social.

Além disso, convém referir que o direito a ambiente ecologicamente equilibrado foi consagrado pela Constituição de 1988, como um direito fundamental, restando disciplinado no capítulo VI, art. 225, da referida norma.

Desta forma, acredita-se que o Estado procurou adequar-se à evolução histórica, política e social, que se processou ao longo do tempo, pois promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz em seu bojo temas que até então não haviam sido abordados pelas Constituições que a antecederam, tampouco pela Constituição de 1967. Seu texto contemplou aspectos como democracia, soberania e dignidade da pessoa humana, bem como enfatizou e ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais. Igualmente, recepcionou as diretrizes instituídas pela I e II Conferências das Nações Unidas, realizadas em Estocolmo, 1972 e no Rio de Janeiro, 1992, atribuindo ao meio ambiente um capítulo específico e reafirmando o que a legislação infraconstitucional já disciplinava.

De forma sintética, as sugestões de diferentes nomenclaturas, bem como as diversas abordagens para um mesmo tema, podem ser consideradas uma tentativa de atribuir uma perspectiva integrativa de Estado, capaz de harmonizar o que a legislação já prevê e, desta forma, proporcionar a efetivação

¹¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 122.

do que contempla o Estado Democrático de Direito.

Portanto, é possível perceber que tanto o Estado Democrático de Direito quanto as questões relacionadas ao ambiente não consistem em algo novo, pois já estão disciplinadas na carta constitucional brasileira. Convém ressaltar que apenas existem variações nos termos atribuídos pelos autores à matéria que já está normatizada, porém remanesce a necessidade de se estabelecerem mecanismos que possam tornar possível sua concretização.

A seguir serão apresentados alguns dos aspectos que já se encontram normatizados e que são contemplados pela proposta de um “novo” Estado Democrático de Direito.

1.1 O ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental

Seguindo as tendências mundiais acerca da preocupação com o direito ambiental, o legislador brasileiro inseriu, no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, um capítulo específico ao direito ambiental, difundindo ao longo do seu texto normas de proteção ao meio ambiente, que conferiram a este *status* de direito fundamental.

Efetuando uma análise do conteúdo do art. 225 da Constituição de 1988 e seus incisos, é possível perceber que é direito de todos fruirmos de um ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, se impondo ao Poder Público, bem como à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras.

Consoante disserta Benjamin,¹¹³ a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é composta por direitos, deveres e princípios ambientais, explícitos e implícitos.

¹¹³ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 114.

Diante disso, pode-se afirmar que esse é o caso do art. 225, pois tem um conteúdo que revela um caráter dúplice da norma. No que se refere à coletividade, há um direito de fruição de um meio ecologicamente equilibrado, porém há um dever da sociedade e do Poder Público na manutenção e preservação do ambiente.

Embora se depreenda dos incisos do art. 225 um encargo exclusivo do Poder Público, no *caput* do referido dispositivo se configura um dever conjunto do Poder Público e da coletividade, no sentido de salvaguardarem o patrimônio ambiental que é um bem coletivo.

Tal afirmação é corroborada por Gavião Filho,¹¹⁴ que assim discorre acerca do tema: “Nesse sentido, o direito fundamental ao ambiente apresenta um caráter duplo, configurando, ao mesmo tempo, um direito subjetivo e um elemento da ordem objetiva”. Portanto, conclui que “disso resulta que o objeto do direito ao ambiente será sempre uma ação negativa ou uma ação positiva (fática ou normativa) do destinatário”.

Cumprir referir que os direitos de terceira dimensão ou também denominados “novos direitos”, têm caráter difuso e coletivo, sendo a coletividade o titular desses direitos, podendo expressar-se através das diversas categorias de pessoas ou de um grupo de pessoas, tendo em vista que o meio ambiente é considerado um bem de toda a sociedade.

Nesse contexto, Fensterseifer¹¹⁵ ressalta que a proteção ambiental projeta-se como um dos valores constitucionais mais importantes a serem incorporados, como tarefa ou objetivo do Estado de Direito, buscando a concretização de uma existência humana digna e saudável, atendendo aos direitos de terceira dimensão, difusos e transindividuais.

¹¹⁴ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39-47.

¹¹⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 96.

1.2 Os princípios da solidariedade e da equidade intergeracional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz o princípio da solidariedade em seu art. 3º, I, quando afirma: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”.

Igualmente, o princípio da solidariedade encontra-se disseminado em todo o conteúdo normativo que envolve o direito do ambiente, implícito na norma expressa no art. 225 da Constituição pátria. É possível inferir do texto do referido dispositivo a incumbência atribuída ao Estado e aos particulares, no sentido de desfrutar do meio em que vivem de forma consciente e equilibrada, assegurando um comprometimento com a preservação e manutenção do ambiente, o que consequentemente proporcionará equidade intergeracional.

Da mesma forma, está intrínseco na norma legal o dever conjunto do Estado e da coletividade, de onde emerge a necessidade de que o cumprimento desse dever ocorra por meio do princípio da solidariedade. Sobre a importância da efetividade do mencionado princípio, disserta Fensterseifer:

A solidariedade expressa a necessidade fundamental de coexistência do ser humano em um corpo social, formatando a teia de informações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal. Só que aqui, para além de uma obrigação ou dever unicamente moral de solidariedade, há que se transpor para o plano jurídico-normativo tal compreensão, como pilar fundamental à construção de uma sociedade e de um Estado de Direito guardiões dos direitos fundamentais de todos os seus integrantes, sem exclusões.¹¹⁶

¹¹⁶ 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:

Destarte, o princípio da solidariedade encontra-se implícito nas relações sociais e jurídicas que se estabelecem em qualquer sociedade, com caráter transfronteiriço, na medida em que os laços solidários também se estendem às outras nações, na busca da concretização de uma solidariedade mundial e intergeracional. Igualmente, o princípio da solidariedade entre as gerações objetiva evitar alterações irreversíveis dos ecossistemas, em virtude da interferência antrópica, bem como o esgotamento de recursos, em consequência da utilização não racional e indiferença quanto à sua capacidade de regeneração.

Na medida em que o princípio de solidariedade é difundido pelo Poder Público e exercitado pela sociedade, é possível que se concretizem os direitos fundamentais individuais e também coletivos das gerações presentes e se assegurem tais direitos para as gerações futuras.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio da equidade intergeracional decorre da efetivação do princípio da solidariedade. As relações do homem com o meio em que vive, e a postura do Estado diante dos assuntos que tratam do ambiente constituem em uma condição que pode ou não assegurar um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e pode ou não garantir um legado ambiental às gerações futuras. A preservação do patrimônio ambiental depende do agir humano de forma consciente, responsável e, conseqüentemente, solidária. Por seu turno, as atitudes empreendidas pelo homem, hoje, terão seu reflexo no amanhã, denotando o chamado efeito bumerangue, como demonstra Beck: “[...] cedo ou tarde, eles [riscos] alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles”.¹¹⁷

O princípio da equidade intergeracional encontra-se explícito no *caput* do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando dispõe sobre o direito

Livraria do Advogado, 2008. p. 114.

¹¹⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 44.

de todos de usufruírem de um ambiente ecologicamente equilibrado, sendo atribuído ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para gerações presentes e futuras.

Quando existe a responsabilidade ambiental do ser humano, caracteriza-se o agir solidário, que proporciona a criação de um vínculo da presente com a futura geração, estabelecendo um elo de solidariedade intergeracional. Igualmente, se estabelece um comprometimento global, sem um beneficiário definido, mas toda uma coletividade como beneficiária de um legado ambiental que lhe proporcione qualidade de vida e lhe permita viver de forma saudável. Também, almeja-se que dessa forma as próximas gerações possam ser induzidas ao compromisso de dar continuidade ao processo de solidariedade e equidade intergeracional, atendendo aos objetivos do Estado Democrático de Direito.

1.3 A crise ambiental

Em virtude da desmedida e descompromissada atividade antrópica, a humanidade convive com uma crise ecológica, sendo necessárias atitudes concretas da sociedade e do Poder Público para sua contenção.

No entanto, a realidade atual demonstra a presença constante de variáveis como o crescimento econômico a qualquer custo, foco nos interesses particulares e um constante estímulo para o consumo exagerado, o que contribui cada vez mais para a degradação do patrimônio ambiental e o desprestígio à importância da consciência de preservação do ambiente. A esperança parece encontrar guarida na possibilidade de questionamentos e de vivência democrática, vez que o direito não pode sustentar verdades absolutas, mas verossímeis, o que permite estimar uma mudança paradigmática, em relação ao meio ambiente. Marin e Bioen dissertam acerca do tema:

Quando se busca combater as discrepâncias existentes no ordenamento, leva-se em conta que o Direito não pode traduzir uma idealização das ciências exatas, pois isso tornaria os processos mecânicos, fundamentando exatamente o processo de produção massificada que infelizmente hoje vitima os pretórios. Sendo assim, para que haja eficácia em qualquer mudança que vier a surgir, é preciso entender que não se pode fugir plenamente à discricionariedade.¹¹⁸

Nesse sentido, é de extrema relevância ressaltar o fato de que a conscientização da sociedade e a atuação do Poder Público para a preservação do ambiente são fatores preponderantes na concretização do Estado Democrático de Direito, independentemente da nomenclatura que lhe seja atribuída.

2 A perspectiva e os objetivos do Estado de Direito Socioambiental no Brasil

A utilização de diversos termos para tratar do mesmo tema, qual seja, Estado Democrático de Direito, os quais foram anteriormente abordados, trazem em seu bojo as perspectivas e os objetivos para os quais foram elaborados.

Sob a análise de Fensterseifer,¹¹⁹ o “Novo Estado de Direito” contempla o terceiro lema da Revolução Francesa, a fraternidade, abordando-a no sentido da solidariedade, buscando a incorporação da tutela dos novos direitos transindividuais e, num paradigma de solidariedade humana, projetar a sociedade num patamar mais evoluído de efetivação de direitos fundamentais. Igualmente, disserta acerca

¹¹⁸ MARIN, Jeferson Dytz; BIOEN, Grayce Kelly. A crise ambiental na pós-modernidade e o decisionismo. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, v. 4, p. 116, jan./abr. 2013.

¹¹⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97.

dos objetivos propostos pelo Estado Socioambiental de Direito, afirmando que o “novo modelo de Estado de Direito objetiva uma salvaguarda cada vez maior da dignidade humana e de todos os direitos fundamentais (de todas as dimensões), em vista de uma construção histórica permanente dos seus conteúdos normativos [...]”

Portanto, os direitos fundamentais, independentemente da dimensão em que se enquadrem, devem ser assegurados pelo Estado, atribuindo, desta forma, novas tarefas ao Poder Público, com vistas à correção do panorama atual de desigualdades sociais, contemplando e garantindo a todos os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Nesse sentido, Sarlet e Fensterseifer¹²⁰ acentuam que o reconhecimento de garantia de um mínimo existencial socioambiental, aliado à justiça ambiental, representa uma possibilidade para o exercício dos demais direitos fundamentais. Em virtude disso, a proteção do ambiente passa a constituir-se como objetivo ou fim constitucional do Estado de Direito brasileiro.

Não se pode olvidar que, através do cumprimento efetivo do que preceitua o art. 225 da Constituição pátria, ocorrendo um compartilhamento de tarefas entre o Estado e a sociedade, de forma que todos contribuam para a manutenção e preservação do ambiente ecologicamente equilibrado, com vistas às presentes e às futuras gerações, denota-se a efetivação de determinados direitos fundamentais, incluídos a vida, a solidariedade, a equidade intergeracional e o direito a ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa senda, Fensterseifer¹²¹ assinala que é tarefa do Estado Socioambiental de Direito regular a atividade econômica, dirigindo-a e ajustando-a aos valores e princípios

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 109.

¹²¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 101.

constitucionais, seguindo as diretrizes do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo como objetivo o desenvolvimento humano e social, de forma ambientalmente saudável. Nesse sentido, o Estado apresentar-se-ia de forma mais intervencionista e como implementador de políticas públicas.

Canotilho¹²² destaca a concepção integrada ou integrativa do ambiente como pressuposto de um Estado constitucional-ecológico, que conduz à necessidade de uma proteção global e sistemática, não reducionista, contemplando a defesa dos componentes ambientais e também dos componentes humanos.

Explorando o tema de forma pouco diversa dos demais autores, Leite¹²³ ressalta que o Estado de Direito Ambiental tem valor como construção teórica e mérito por propor a exploração de outras possibilidades para compor novas combinações daquilo que já existe. Observa que a proposta de um novo modelo de Estado de Direito não traz inovações quanto ao conteúdo que aborda, porém objetiva que haja aplicabilidade da legislação já existente, por intermédio da atuação efetiva do Poder Público e da participação comprometida da sociedade.

3 A efetivação de um Estado Democrático de Direito que contemple o meio ambiente

Convém mencionar que alguns dispositivos constitucionais dependem da edição de outras normas para que alcancem eficácia jurídica. Contudo, além disso, é necessário que as normas insculpidas na Constituição tenham plena aplicabilidade em relação ao Estado e à sociedade.

¹²²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 499.

¹²³LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

Nesse sentido, acertadamente, Meirelles Teixeira (2008, p. 226) menciona:

Não basta, com efeito, ter uma constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuá-la, completando-lhe a eficácia, para que seja totalmente cumprida; pois “uma é a Constituição vigente, solenemente promulgada; outra é a Constituição eficaz, isto é, desde logo aplicável, exigível, com força obrigatória; outra, afinal, a Constituição aplicada, efetivamente cumprida, em nossa vida política, administrativa, econômica e social”.

Observa-se, a partir da colocação do autor quanto à aplicabilidade da Constituição, que as perspectivas de um novo modelo de Estado de Direito residem justamente na efetiva aplicação das normas constitucionais. Para que tal fato ocorra, é imprescindível a atuação firme e positiva do Estado, na implementação das normas constitucionais e infraconstitucionais já existentes, bem como a participação efetiva e comprometida da sociedade em todo esse processo.

Nessa senda, Barroso¹²⁴ discorre acerca da efetividade do direito, referindo que “Ela [efetividade] representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

Em se tratando dos dispositivos constitucionais, é relevante mencionar que a Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe avanços quanto ao tratamento da matéria relativa ao ambiente, corroborando a legislação infraconstitucional-ambiental e conferindo *status* de direito fundamental ao ambiente. Da mesma forma, ampliou o rol de direitos fundamentais e se consagrou como Estado Democrático de Direito.

Pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 248.

brasileiro, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 101, demonstrou a efetiva harmonização dos direitos econômicos, sociais e ambientais, nos moldes de um Estado Socioambiental de Direito. Ao ponderar acerca dos efeitos danos à saúde e ao meio ambiente, ocasionados pela reciclagem de pneus importados usados, decidiu pela proibição da importação dos mencionados pneus. Igualmente, mencionou que o desenvolvimento econômico deve ocorrer de forma sustentável, associado a desenvolvimento social saudável. Aspectos como a responsabilidade com as gerações presentes e futuras também foram objeto da fundamentação do aresto:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. 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 AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGÜIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 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**

eda 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. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. [...] ADPF 101 / DF – DISTRITO FEDERAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 24/6/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno (BRASIL, 2009, grifo nosso).¹²⁵

Leite¹²⁶ observa que a definição dos pressupostos de um Estado de Direito do Ambiente serve como “meta” a ser atingida, trazendo à tona discussões que otimizem processos de realização de aproximação do Estado teórico com vistas à maior efetividade.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 101**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28pneus+ambiental%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cxhkl8>. Acesso em: 8 maio 2013.

¹²⁶ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 172.

Portanto, é nítido que a situação atual demanda uma transformação no papel do Estado, que deve atuar de forma positiva, concreta e mais intervencionista, buscando a aplicabilidade da legislação vigente e a garantia de um mínimo existencial. Como a atuação deve ser conjunta, a sociedade deve estar preparada para recepcionar o que o Poder Público lhe oferece, bem como cumprir seu dever constitucional de preservar e manter o ambiente, agindo de forma solidária e comprometida com as gerações futuras.

3.1 Estado e sociedade

Não obstante o comprometimento do Estado brasileiro, na implementação dos dispositivos constitucionais, é inegável a importância da atuação ética, responsável e solidária de toda a sociedade, para que haja a efetivação dos direitos insculpidos na Constituição. Além disso, cumpre mencionar que, além de haver um dever ético da coletividade em relação ao ambiente, também há uma obrigação legal, que fica positivada na Constituição Federal de 1988 e nas normas infraconstitucionais que tratam do tema.

Nesse sentido, Fensterseifer pondera:

A proteção ambiental passa a ser uma das bases éticas fundamentais da sociedade contemporânea na sua caminhada civilizatória, exigindo-se, para o convívio harmonioso entre todos os integrantes da comunidade humana, a firmação de um pacto socioambiental em relação à proteção da Terra, onde todos os atores sociais e estatais assumam as suas responsabilidades e papéis na construção de uma sociedade nacional e mundial ambientalmente saudável. Propõe-se uma reconciliação do *homem natural* com o *homem político*.¹²⁷

¹²⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 120.

Canotilho¹²⁸ disserta acerca do dever fundamental-ecológico, que se traduz no dever de defesa e proteção do ambiente, inspirado na ideia de natureza-projeto proposta por Ost; pressupõe um imperativo categórico-ambiental, assim formulado: age “age de forma a que os resultados da tua acção [sic] que usufrui dos bens ambientais não sejam destruidores destes bens por parte de outras pessoas da tua ou das gerações futuras”.

Portanto, considera-se extremamente relevante mencionar que a perspectiva de um Estado de Direito Ambiental reside na consciência de toda a coletividade, do Estado acerca da devastação ambiental, das suas consequências, da forma como o desenvolvimento deveria se processar, e do dever ético e solidário de todos para a conservação e manutenção da vida no Planeta, para as gerações presentes e futuras.

Leite¹²⁹ ressalta que “a consecução de um Estado de Direito Ambiental passa obrigatoriamente pela tomada de consciência global da crise ambiental e exige a cidadania participativa, que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental”. E amplia tal perspectiva, pois alerta que para atingir um Estado de Direito Ambiental são necessárias outras mudanças, como um novo sistema de mercado e uma redefinição do direito de propriedade.

Nessa linha, Santos¹³⁰ menciona que a utopia ecológica e democrática consiste em uma utopia realista, na medida em que se assenta em um princípio de realidade, que consiste na crescente contradição entre a finitude do ecossistema do Planeta Terra e a acumulação de capital, que se apresenta como tendencialmente infinita. Entretanto, afirma que

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 501.

¹²⁹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 175.

¹³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2010. p. 42.

na utopia ecológica remanesce conteúdo utópico, pois sua efetivação pressupõe a transformação global tanto dos modos de produção quanto do conhecimento científico, formas de vida e sociabilidade e, acima de tudo, presume uma nova relação paradigmática com a natureza.

Percebe-se que, além da responsabilidade compartilhada do Estado e da sociedade, na execução das tarefas que lhes incumbe, a reforma do pensamento do ser humano relativamente à forma como percebe o ambiente e se relaciona com ele é essencial. O Estado, através da elaboração de políticas públicas, pode incentivar o cumprimento das normas e iniciar um processo de conscientização ambiental, reafirmando a importância dos princípios da solidariedade e da equidade intergeracional, acima de tudo, ao ser humano; deve estar além de uma obrigação legal, configurando-se como uma conduta baseada na ética, na responsabilidade e na solidariedade.

Por fim, impende ressaltar que, sem a natureza, não há vida, portanto, além do Estado, incumbe ao homem cumprir seu papel na manutenção e preservação do ambiente, para que desfrute de um meio saudável e ecologicamente equilibrado e permita que as gerações futuras recebam esse meio como legado. Afinal, se não houver a garantia do principal direito fundamental, que é a vida, de nada adianta assegurar os direitos que a complementam.

Considerações finais

A preocupação com a manutenção da vida no Planeta, em razão da crise ambiental, aliada à ineficácia do Poder Público, no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais, fez com que surgissem terminologias que sugerem um Estado Democrático de Direito, no qual sejam contempladas as dimensões social e ambiental.

Considerando os aspectos pontuados no texto, deduz-se que as legislações constitucional e infraconstitucional

vigentes no Brasil contemplam e asseguram tanto os direitos sociais quanto os direitos ambientais. Em relação à matéria ambiental, são atribuídos direitos à sociedade, porém também lhe são atribuídos deveres.

Diante disso, é perfeitamente possível compreender que independe da nomenclatura utilizada para demonstrar o modelo de Estado de Direito, adotado pelo Brasil, pois a terminologia escolhida somente atinge seu objetivo, quando os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais estiverem revestidos de eficácia e de aplicabilidade.

O ápice do Estado Democrático de Direito, que contemple todas as dimensões de direitos, o qual se encontra disciplinado, reside na efetiva aplicação e no cumprimento das normas insculpidas na Constituição e na legislação infraconstitucional. Por isso existe a tarefa conjunta do Estado e da sociedade, na efetivação do conteúdo normativo e na consequente realização de um Estado que concretize todas as dimensões de direitos, às quais se propôs a assegurar. É importante referir que, mesmo de forma ainda tímida, o Judiciário brasileiro vem demonstrando, em seus acórdãos, a efetivação do Estado Democrático de Direito almejado.

Emerge a necessidade de que o Estado assuma o papel que lhe incumbe e persiga a efetivação do que a norma disciplina. Juntamente com a atuação positiva do Poder Público, espera-se um agir receptivo, solidário e ético da sociedade, visando a concretização do Estado Integrativo, que proporcione os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Todavia, foi possível observar que a forma como a sociedade e o Estado interpretam o ambiente necessita de mudanças. Atualmente, preponderam fatores como o crescimento econômico a qualquer custo e o consumo exagerado de bens e de recursos naturais finitos. Para que se efetive o Estado Democrático de Direito, ou o Estado Socioambiental de Direito, é necessário que haja uma mudança de paradigma, em relação às convicções do homem sobre sua relação com a natureza.

O ser humano precisa entender que o equilíbrio do ecossistema em que habita é uma condição à existência de todos

os seres do Planeta. Também, precisa absorver seu dever em relação ao ambiente como algo que esteja intrínseco, que ocorra naturalmente e independa de preceito legal. Portanto, compete ao ser humano agir de forma ética, solidária e responsável perante o meio em que habita, para que dessa forma possa cumprir sua tarefa, na manutenção e preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Referências

- ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ANDREAS J. Krell; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BAUMAN, Zygmud. **A sociedade líquida**. São Paulo, 2003. Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/4_Encontro_Entrevista_A_Sociedade_Liquida_1263224949.pdf. Acesso em: 24 jul. 2012.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 77-150.
- BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Comp. por Nello Moura. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Brasília: UnB, 1999. v. 1.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo de Instrumento n. 529.733**. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 17 de outubro de 2006. Publicado no Diário da Justiça: 1º de dezembro de 2006. Disponível em Pesquisa de Jurisprudência do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 12 dez. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 26 jun. 2012.

BRASIL. **Informativo n. 445**. Disponível em Supremo Tribunal Federal (STF): <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo445.htm>. Acesso em: 3 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 101**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.sp?s1=%28pneus+ambiental%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cxhhl8>. Acesso em: 8 maio 2013.

CALMON FILHO, Petrônio. **O conflito e os meios de sua solução**. Material da 1ª aula da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Processual Civil – Uniderp/IBDP/Rede LFG.

CAMPELO, Célio da Cunha. **Áreas verdes: índice que sustenta a vida**. Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/material_apoio. Acesso em: 5 ago. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 493-508.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Trad. de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Ed. Servanda, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do**

- Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005a.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo**: processo constitucional. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80-87. Material da 3ª aula da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Processual Civil – Uniderp/BDP/Rege LFGb.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Harvard: Harvard University Press, 1985. Versão brasileira: São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- 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.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. São Paulo: Instituto Piaget, 1988.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JHERING, Rudolf von. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30043651.pdf>. Acesso em: jul. 2020.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Fundação

Calouste Gulbenkian, 1985.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e teoria do direito contemporâneas**. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **Filodofia del diritto ed ermeneutica**. Roma: Giuffrè, 2003.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 151-226.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. Educação e cidadania na ciência jurídica: os contributos da teoria da complexidade para a alfabetização ecológica. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARIN, Jeferson Dytz. **A influência da universalização conceitual na efetividade da jurisdição**: teorias da decidibilidade, (des)coisificação do caso julgado e estandarização do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2010. Disponível em: http://bddd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2011-0316T102302Z1348/Publico/JefersonMarinDireito.pdf. Acesso em: 5 jul. 2012.

MARIN, Jeferson Dytz; BIOEN, Grayce Kelly. A crise ambiental na pós-modernidade e o decisionismo. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, v. 4, jan./abr. 2013.

MARIN, Jeferson Dytz (coord.). **Jurisdição e processo**. Curitiba: Juruá, 2009. v. III.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

- MORIN, Edgar. **O Método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008.
- OLIVEIRA, Ivan S. **Ciência hoje**. Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas (RJ). v. 47.
- PLATÃO. **A República**. Trad. de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Harvard: Harvard University Press, 1985. Versão brasileira: São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. Súmulas Vinculantes em Terra e Brasilis: Necessitamos de uma “Teoria para a Elaboração de Precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 78, ano 17, maio/jun. 2009.

A decisão administrativo-ambiental deve conter informações expressas dando conta da trajetória de formação da convicção do agente público. É imprescindível explicitar a forma e o conteúdo das escolhas que arrimaram a decisão final. Este é o dever constitucional de qualquer agente público que decide: fundamentar legitimamente sua decisão, explicitando o problema e o motivo das escolhas que visam a solução e alcance da finalidade ecológica. A fundamentação deverá ser produzida de forma aderente ao fato concreto (problema ecológico), em linguagem inclusiva, distanciada de modelos decisórios *apriorísticos*, editados para fundamentarem casos pretensamente iguais, o que torna inevitáveis os decisionismos e as iniquidades.

O raciocínio jurídico deve partir do texto e ser engajado no contexto em que o problema ocorre, recebendo toda a contribuição da tradição, dos valores e argumentos plausíveis. Assim, a decisão apropriada para o Estado Ambiental deve harmonizar a justiça dada pelo direito estatal e pelo direito produzido fora da atividade legiferante. A atividade do Estado-Administração deve aproximar a teoria produzida na academia da *práxis* vivida na estrutura administrativa operacional.

Dessa forma, o que legitima a decisão que pretende realizar a proteção ambiental não são as regras, mas o propósito de concretizar um ambiente ecologicamente equilibrado. Como a pretensão de equilíbrio ecológico independe das regras, o agente público decisor pode até mesmo abandoná-las, desde que tome a defesa ambiental como critério de validade da sua decisão, com cariz principiológico. Sendo assim, o decisor atribui valor moral à tutela ambiental. Para Dworkin, *interpretar não é apenas descobrir* por que a tutela ambiental existe, mas o que ela, devidamente compreendida, requer.

