

# **COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E O DIREITO DE PROPRIEDADE À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

## **COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE RIGHT TO AN ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT AND THE RIGHT TO PROPERTY IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS**

**Mary Lúcia Andrade Correia<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

Trata-se no presente estudo de um problema envolvendo colisão de direitos fundamentais. No caso, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de propriedade, à luz da Hermenêutica constitucional. O direito ao meio ambiente foi reconhecido na Constituição Federal de 1988, no artigo 225, como direito fundamental, todos tendo direito a uma “sadia qualidade de vida e meio ambiente ecologicamente equilibrado”, portanto, direito metaindividual de terceira dimensão. O objetivo geral do estudo consiste na análise da decisão judicial do Superior Tribunal de Justiça - STJ referente à construção de edifício empresarial às margens do rio Cocó, em Fortaleza-CE, e, ainda, examinar o sopesamento de princípios em conflito entre direitos fundamentais, mormente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de propriedade. Para ilustrar o estudo, será utilizado o caso julgado pelo STJ: Agravo em Recurso Especial impetrado pelo Ministério Público Federal que se insurgiu contra Jereissati Centros Comerciais S/A e outros e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA pela construção de edifício empresarial às margens do rio Cocó. A metodologia utilizada na pesquisa consiste na análise exploratória e descritiva sobre o objeto de estudo, por meio de levantamento bibliográfico na jurisprudência, livros, documentos eletrônicos, teses, dissertações, revistas, periódicos etc. Como resultados esperados, busca-se uma reflexão e análise acerca do julgamento no caso em concreto, identificando se o Judiciário considerou adequadamente todos os elementos concorrentes para a conservação e preservação do meio ambiente dentro do conceito de sustentabilidade ambiental.

Palavras-Chave: Meio Ambiente equilibrado. Direito de propriedade. Colisão de Direitos Fundamentais.

### **ABSTRACT**

This paper aims to study a case involving collision of fundamental rights, the right to an ecologically balanced environment and the right to property in the light of constitutional Hermeneutics. The right to an ecologically balanced environment is recognized in the Federal Constitution of 1988, in article 225, as a fundamental right, according to which everyone is entitled to a "sound quality of life sound and an ecologically balanced environment", therefore, it is a metaindividual of third dimension right. The overall objective of the study consists in the analysis of the judgment of the Superior Court of Justice – STJ of an appeal in which it was discussed the construction of a business building on the banks of the river Cocó, in Fortaleza, and examine how

---

<sup>1</sup> Mary Lúcia Andrade Correia, advogada, doutoranda em Direito Constitucional na UNIFOR; Mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará – UFC; especialista em Direito Ambiental – UECE, professora de Direito Ambiental da Graduação e Pós-Graduação - UNIFOR; coordenadora do Curso de Especialização em Direito Ambiental – UNIFOR. E-mail: maryandrade@unifor.br

the principles in conflict between fundamental rights were balanced, particularly the right to an ecologically balanced environment and the right to property. To illustrate the study, will be used the case judged by the STJ: an appeal filed by the Special Federal Prosecutor who rebelled against Jereissati Malls S/A and other and Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA for building business building on the banks of the river Cocó. The methodology used in the research is exploratory and descriptive about the object of study, through bibliographical survey on jurisprudence, books, electronic documents, theses, dissertations, magazines, periodicals etc. As expected results, a thorough reflection and analysis about the trial, identifying if the judiciary adequately considered all elements relevant for the conservation and preservation of the environment within the concept of environmental sustainability.

Keywords: Balanced Environment. Right to property. Collision of fundamental rights.

## **INTRODUÇÃO**

Entre as consequências da modernidade, com a afirmação da pretensão humana de domínio técnico da natureza, não tardaram a transparecer os problemas decorrentes da exploração exagerada dos recursos naturais. O advento de uma maior consciência no tocante à problemática ambiental, sobretudo em virtude de documentos internacionais e também do direito interno de cada país, conduziu à necessidade de se refletir acerca da proteção do meio ambiente e dos seus componentes.

Nesse contexto, tem-se que diversas cartas constitucionais, a exemplo da Constituição Federal brasileira de 1988, passaram a consagrar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental. Na concretização desse ambiente sadio, faz-se necessária a responsabilização civil, administrativa e penal, conforme previsão do art. 225, § 3º, da Constituição de 1988. O alcance e âmbito de proteção do direito ao meio ambiente carecem de exame aprofundado, dada à linguagem aberta adotada pelo texto constitucional.

Desta maneira, o tema aqui analisado possui enorme relevância, por se tratar da colisão de direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal, no que concerne a uma análise de sopesamento dos princípios constitucionais, com suporte nas discussões referentes à determinação de qual princípio deve prevalecer em face do caso concreto.

Nesta perspectiva, a pesquisa busca fornecer elementos para o embasamento teórico na compreensão da análise de caso concreto; e, ainda, examinar técnicas de soluções de conflitos entre direitos fundamentais. Para tanto, será analisado um caso, de repercussão pública e muito significativo, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça: um Agravo em Recurso Especial impetrado pelo Ministério Público Federal que se insurgiu contra Jereissati Centros Comerciais S/A e outros, e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais

Renováveis – IBAMA, pela construção de edifício empresarial às margens do rio Cocó. O presente processo é de relatoria do ministro Mauro Campbell Marques.

Faz parte do objetivo geral da pesquisa a análise da mencionada decisão do Superior Tribunal de Justiça. Como objetivos específicos, tem-se por escopo examinar o sopesamento do conflito entre direitos fundamentais identificados no caso examinado, mormente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de propriedade. A escolha do tema se justifica pela relevância e repercussão do caso na Cidade de Fortaleza – CE, haja vista os princípios envolvidos, que são fundamentais no Estado democrático de Direito, e sua potencial reprodutibilidade em situações análogas que possam ocorrer. A seguir, os principais tópicos sobre o assunto em foco.

## **1 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Inicialmente, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a origem da Hermenêutica, sua importância e aplicação na Ciência Jurídica. Conforme Palmer (2006, p. 23), as raízes da palavra hermenêutica estão no verbo grego *hermeneuein*, ordinariamente traduzido por “interpretar”, e no substantivo *hermeneia* “interpretação”. A compreensão e interpretação remete para o deus mensageiro-alado Hermes. Assim, para Palmer (2006, p.24), é significativo o fato de que Hermes se associe a uma função de transmutação - transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência logre compreender. Portanto, a hermenêutica, no antigo uso, está relacionada à ideiação de tornar compreensível algo que, para fins exemplificativos, significa hermenêutica, no sentido de dizer, explicar e traduzir, três significações do verbo interpretar em que cada um representa um senso relevante e diferente do termo interpretação.

Ressalta-se que, desde o início, Hermenêutica significou Ciência da Interpretação. Até os dias atuais, segundo Palmer (2006, p. 43), o campo da hermenêutica é definido pelo menos de seis maneiras diferentes. Desta forma, a hermenêutica é interpretada como:

- 1) Uma teoria da exegese bíblica;
- 2) uma metodologia filológica geral;
- 3) uma ciência de toda compreensão linguística;
- 4) uma base metodológica dos *geisteswissenschaften*;
- 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial;
- 6) sistemas de interpretação simultaneamente recolectivos e inconocásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos.

Na perspectiva de Palmer (2006, p. 43-44), cada uma dessas definições indica um momento importante ou uma abordagem ao problema da interpretação. Representam, portanto, pontos de vista, em que a hermenêutica é aplicada; cada uma esclarecendo aspectos diferentes, mas igualmente legítimos do ato da interpretação, especialmente da interpretação de textos. Destaque-se a busca de uma metodologia destinada a guiar a aplicação a casos concretos, como é o caso do direito, e a busca de uma compreensão da existência por meio dos atos de interpretação, como transparece na abordagem filosófica de Heidegger e de Gadamer.

Para uma perspectiva jurídica, importa buscar critérios de concretização e aplicação das disposições normativas, sobretudo constitucionais, em um contexto em que se reconhece o caráter criativo da decisão judicial e a importância da atuação do Judiciário na definição da norma que deve reger o caso concreto. Nesta perspectiva, de que maneira a Hermenêutica está sendo utilizada à luz do Direito Constitucional na interpretação adotada em decisões judiciais e na concretização dos direitos fundamentais? Qual é o âmbito de proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? Como se podem equacionar os conflitos que podem surgir entre ele e o direito de propriedade? São questões que se procurará responder no decorrer do trabalho.

Vale lembrar que, na prática da aplicação e de concretização das disposições normativas, podem ocorrer situações em que o sentido literal do texto aparenta ser suficiente para reger o caso, aparecendo como “claro” e “evidente”, mas, quando referente a uma situação concreta, pode ser que se expresse “destituído de clareza”. Tal situação pode ser evidenciada no momento de concretização da norma. Para Müller (2005, p.47), uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. Acentua ainda, o autor que a norma jurídica possui um núcleo materialmente circunscrito na ordem jurídica, não sendo possível aplicá-la de forma pronta e acabada, como alegam os positivistas legalistas. Ao tratar sobre a interpretação constitucional, Tribe (2007, p.37), assinala que a Constituição é fundamentalmente um texto que deve ser interpretado e reinterpretado em uma busca infundável de compreensão.

De tal modo, Müller (2005, p.50) ressalta que a decisão jurídica não se esgota na parte cognitiva. Ela aponta para além das questões “hermenêuticas” da compreensão. Assim, o papel da pré-compreensão da norma concretizanda no contexto da metódica jurídica é assinalado por Müller (2005, p.52) quando ensina que

A dogmática, a teoria e a metódica do direito (constitucional) devem disponibilizar meios para fundamentar os momentos especificamente jurídicos desse caráter de pré-julgamento automaticamente como pré-compreensão normativa e materialmente referida do universo jurídico, para delimitá-la destarte no processo de concretização enquanto fator estruturado, controlável e discutível. A pré-compreensão jurídica e a sua justificação racional – na práxis do direito constitucional em larga escala congruente com a inserção de conteúdos da teoria do estado e da constituição – é assim o lugar de uma crítica das ideologias que nasce da práxis e não deve ser feita auto suficientemente com vistas à própria práxis, mas com vistas à racionalidade e correção da decisão a ser tomada.

Conforme se depreende dos ensinamentos de Müller, a Ciência Jurídica, quando aplicada na prática, deve verificar o direito como postulado e sua adequação material em casos concretos, sem falseamentos ou embelezamentos, em termos de método. Assim, a metódica estruturante visa à análise das questões concretas da aplicação de normas em decisões de casos práticos. No que concerne à solução de regras e princípios colidentes, pelos quais se expressam direitos fundamentais, Alexy (2008, p.167) leciona que, segundo a lei de sopesamento, o grau de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Desta maneira, o autor deixa claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar de pesos relativos, nos casos concretos.

Vale salientar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecido na doutrina como um dos “novos direitos fundamentais”, um “direito humano fundamental”. Após a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, muitos países modificaram sua constituição, inserindo em seus textos constitucionais o meio ambiente como direito fundamental.

Neste esteio, Canotilho (2007, p. 97) ressalta que meio ambiente como direito fundamental, no entendimento de Cristiane Derani, resulta

[...] de fatores sociais que permitiram e até mesmo impuseram a sua cristalização sob forma jurídica, explicitando a sua relevância para o desenvolvimento das relações sociais. Na doutrina, a valoração dogmática desse direito não é uniforme. Alguns o consideram “direito de personalidade” e, simultaneamente, como um direito e uma garantia constitucional, ou seja direito fundamental na visão da Constituição de 1988 e direito da personalidade, na perspectiva do Direito privado. Outros o reputam, simultaneamente, direito e princípio, ou ainda, encarnação de direito humano ou de direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Analisando a posição ora transcrita, percebe-se que a proteção ambiental está encartada como direito reconhecido e consagrado do ser humano. Alguns aspectos relevantes devem ser mencionados no que diz respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito

fundamental. Efetivamente, Canotilho (2007, p. 98) ressalta algumas consequências relevantes da concessão do *status* de direito fundamental como:

[...] antes de mais nada, o direito fundamental leva à formulação de um princípio da primariedade do ambiente, no sentido de que a nenhum agente, público ou privado, é lícito trata-lo como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível.

Além disso, como direito fundamental, está-se diante de “direito de aplicação direta”, em sentido perceptivo e não apenas programático; vale por si mesmo, sem dependência da lei. A ulterior regulamentação ou desenvolvimento pelo legislador ordinário ajudará somente a densificar a sua exequibilidade. Vincula, desde logo, todas as entidades públicas e privadas.

Vale lembrar a existência de algumas características inerentes ao equilíbrio ecológico, ou seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, quais sejam: irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade desse direito. Com esteio nessa posição, o constitucionalista luso (2007, 99-100) explica tais características, como sendo:

Irrenunciabilidade, conquanto é direito que não aceita renúncia apriorística, embora conviva amiúde com a omissão de exercício e a implementação relaxada (a conhecida e corriqueira passividade da vítima ambiental e do próprio Estado). Ou, melhor, não admite que o infrator alegue direito de degradar por omissão ou até mesmo aceitação, expressa ou implícita, dos prejudicados ou de seus porta-vozes institucionais, como a Administração, as ONGs e o Ministério Público. Inalienabilidade, na medida em que, por ser exercício próprio, é indelegável, intransferível e inegociável, pois ostenta titularidade pulverizada e personalíssima, incapaz de apropriação individual – afinal, cuida-se, para usar expressão da civilística tradicional, de *res extra commercium*. Por último, é direito imprescritível, qualidade derivada do seu perfil intertemporal ou atemporal, pois consagra entre os seus beneficiários até os incapazes de exercitarem seus direitos diretamente e mesmo as gerações futuras. Seria um desproposito defender que aquilo que não pode ser ativamente alienado, por conta de sua indisponibilidade, admita alienação passiva, em decorrência do passar do tempo.

Essas particularidades estão encartadas na Constituição Federal de 1988, no artigo 225, que trata sobre meio ambiente e assim preceitua: “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Com relação ao *caput* do artigo 225, da Constituição Federal de 1988, Machado (2013, p. 151) exprime seu entendimento, no sentido de que o meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência e destaca que:

O uso do pronome indefinido – “todos” – alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja. “o meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo”. O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só

dela, sendo ao mesmo tempo “transindividual”. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada.

Logo, a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é instituída no Texto Constitucional como direito fundamental. Consoante a inteligência de Benjamin (2007, p.102), a fundamentalidade do direito justifica-se, pois,

Primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional (“Todos têm direito...”); segundo na medida em que o rol do art. 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais por força do art. 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu § 2º, não exaustivo (direitos fundamentais há – e muitos – que não estão contidos no art. 5º); terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida, garantindo no art. 5º, caput, reflexivamente, recebe deste as bênçãos e aconchego, como adverte a boa lição de Nicolao Dino, segundo a qual “o direito ao meio ambiente caracteriza-se como um corolário do direito à vida”.

Nesse sentido, acentua Machado (2013, 153) que o *caput* do art. 225 é antropocêntrico e destaca noção de o direito ao meio ambiente ser um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a “vida e a dignidade das pessoas” – núcleo essencial dos direitos fundamentais. Hodiernamente, é incontestável o quadro da degradação ambiental no mundo, o que compromete a qualidade de vida do gênero humano.

Na lição de Paulo Bonavides (2009, p.561), direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente qualifica como tais. Ressalta, ainda, o autor que,

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Pode-se, a propósito, falar de uma “multifuncionalidade” ou “multidimensionalidade” no direito ao ambiente, o que leva a uma implicação no âmbito de outros direitos, como o direito à saúde, e ao reconhecimento de situações jurídicas “complexas”, como lembra Jorge Miranda (2000, p. 535).

Referida complexidade se manifesta, por exemplo, no duplo caráter do direito ao ambiente, simultaneamente direito subjetivo e um complexo objetivo, dotado de natureza institucional e de organização. Há, em consequência, diversos tipos de posições jurídicas dele decorrentes.

Robert Alexy (2008, p. 429), inicialmente, trata-o como direito de defesa, a impedir intervenções estatais sobre o meio-ambiente. Em segundo lugar, como um direito à proteção, por parte do Estado, frente a intervenções de terceiros que afetem o ambiente. Em seguida, como um direito de participação em procedimentos que digam respeito a referido bem jurídico. E também como um direito a exigir medidas fáticas destinadas a proteger o ambiente.

Sob a primeira perspectiva, a subjetiva, muito embora não se possa recortar o “quanto” de ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é devido a cada pessoa – o que ressalta o caráter primordialmente difuso do direito ao ambiente – ele pode manifestar-se em determinadas situações subjetivas individualizáveis. Ainda que não caiba falar de um “mínimo existencial ecológico”, muitas vezes reconduzível a outros bens jurídicos, como a vida e a saúde, há determinadas situações subjetivas que não podem ser ignoradas. Dentre elas, o direito à informação sobre o ambiente, o direito de constituir associações que busquem defendê-lo, o já mencionado direito a participar de decisões administrativas que a ele digam respeito, dentre outras. É nesse ponto que se pode incluir também o direito à participação em procedimentos.

É forçoso reconhecer, no entanto, o fato de que o caráter coletivo do bem “ambiente”, sua inapropriabilidade individual e a existência de um dever correlato de preservá-lo para as futuras gerações (aspecto “transgeracional”) fazem predominar a dimensão objetiva, conforme lição de Carla Amado Gomes (1999, p. 18).

Em semelhante direção, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é expresso como um direito fundamental de terceira dimensão, portanto, consagrado como “novos direitos”, são direitos difusos, coletivos, metaindividuais com alto teor de solidariedade. Eles surgiram ante a complexidade da vida moderna, em que a base de sustentabilidade ambiental voltada para a sobrevivência humana depende da solidariedade entre as nações e da forma de exploração dos recursos naturais, no concerto de uma óptica mais holística de conservação e preservação do meio ambiente. Neste sentido, afirma Matias (2011, p.22) que a partir do imperativo de solidariedade, a compreensão do direito de propriedade demanda um novo paradigma, em que assume papel de destaque a proteção ao meio ambiente. Impõe-se, em verdade, o estabelecimento da convergência entre o direito de propriedade e ao meio ambiente sadio.

Os direitos difusos, que expressivamente se revelam em tema de meio ambiente, são aqueles em que a proteção deste não cabe a um titular exclusivo ou individuado, mas se espalha difusamente sobre toda a coletividade a cada um de seus membros. É importante deixar claro o aspecto nuclear dos direitos metaindividuais. Para tanto, a distinção entre direitos difusos e coletivos é de fundamental importância. A Lei n. 8.078/90, no art. 81, parágrafo único, I e II, trouxe o conceito legal, estabelecendo essa diferenciação entre esses direitos da seguinte maneira:

Art. 81 (...)

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. II – “Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base”.

Portanto, se fazem indispensáveis a eficácia e a efetividade dos direitos difusos e coletivos nos dias atuais, principalmente mediante um quadro de degradação dos recursos ambientais, em que se evidenciam a vulnerabilidade e as fragilidades dos ecossistemas do Planeta. Impõe-se uma nova ordem socioambiental com adoção de formas de relacionamento do homem com o meio ambiente assentadas numa racionalidade ambiental de exploração no uso e consumo dos recursos naturais, visando a maior proteção do ambiente e à sustentabilidade ambiental.

## **2 A INTERPRETAÇÃO E ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA REFERENTE À CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO EMPRESARIAL ÀS MARGENS DO RIO COCÓ**

Conforme visto, pretende-se analisar neste estudo a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 270.720 – CE, (*on line*, 2013) de relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, tendo como agravante o Ministério Público Federal. Trata-se do caso da construção de edifício empresarial às margens do rio Cocó em Fortaleza-CE. Na Ementa da decisão, lê-se o que segue:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO EMPRESARIAL ÀS MARGENS DO RIO COCÓ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E

PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Não há que se falar na violação do art. 535 do CPC tendo em vista que, *in casu*, o Tribunal estadual analisou integralmente todas as questões levadas à sua apreciação, inclusive em sede de embargos de declaração.
2. Quanto à suposta violação dos artigos 12 e 19, ambos da Lei 7.347/85, foi com base nas provas e nos fatos constantes dos autos que o Tribunal de origem entendeu que as obras do empreendimento não se encontram em Área de Preservação Permanente (APP), diante da perícia oficial realizada que constatou que a distância do empreendimento até a APP é superior à de 50 metros exigida por lei. Desse modo, nota-se que alterar a fundamentação do aresto recorrido é tarefa que demandaria, necessariamente, incursão no acervo fático-probatório dos autos o que é vedado ante o óbice preconizado na Súmula 7 deste Tribunal.
3. Em relação à alegada violação do artigo 273 do CPC, frisa-se que é entendimento já pacificado nesta Corte Superior o de que analisar os requisitos necessários para a concessão de tutela antecipada - os quais não foram reconhecidos pelas instâncias ordinárias -, com a consequente reversão do entendimento exposto pelo Tribunal de origem, exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ.
4. Por fim, no que se refere à alegada violação do artigo 273 do CPC, frisa-se que é entendimento já pacificado nesta Corte Superior o de que analisar os requisitos necessários para a concessão de tutela antecipada - os quais não foram reconhecidos pelas instâncias ordinárias -, com a consequente reversão do entendimento exposto pelo Tribunal de origem, exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ.
5. Agravo regimental não provido.

O resultado do julgamento foi o seguinte: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." A Sra. Ministra Eliana Calmon, os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Podemos depreender da Ementa a pouco reproduzida, que a fundamentação do Agravo Regimental em Recurso Especial se delineou no sentido de não aceitar o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que se mostra inviável em sede de recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ, que diz: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". O enunciado da Súmula 7 passou a ser largamente aplicado pelos ministros na análise de variadas causas, impossibilitando o conhecimento do recurso, e consequentemente, o julgamento do mérito da questão. Com base nas provas e no laudo pericial (*on-line*, 2010) constantes dos autos, que se inclinaram no sentido de que as obras do empreendimento não se encontravam em Área de Preservação Permanente (APP), foi mantida a decisão do Tribunal de origem, assegurando que o empreendimento em foco não está localizado em área considerada de preservação permanente nos termos do artigo 2º, da Lei nº 4.771/65 - Código Florestal - com a redação dada pela Lei 7.803/89.

De tal maneira, é interessante definir o que é Área de Preservação Permanente. A Lei nº 12.651/12, que revogou a Lei nº 4.771/65, dispõe em seu artigo 3º, II:

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

No caso em estudo, o Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juiz da 8ª vara federal da Seção Judiciária do Ceará que, nos autos da Ação Civil Pública, indeferiu pedido de produção de provas pericial e testemunhal requerido no bojo do processo. Segundo o recorrente, as provas cuja produção foi denegada pelo Juízo monocrático são imprescindíveis ao deslinde da demanda, notadamente para comprovar que a área de edificação da torre empresarial Iguatemi na cidade de Fortaleza se encontraria inserida em Área de Preservação Permanente (APP) de manguezal. Sobre a perícia nos autos da Ação Cautelar nº 2006.81.00.018631-2 na decisão da construção torre empresarial Iguatemi de relatoria da Desembargadora Federal Carolina Souza Malta (Relatora convocada), (*on-line*, 2010) assevera-se que:

[...] a perícia judicial realizada nos autos da ação cautelar em referência – sublinhe-se, elaborada com a participação dos Assistentes Técnicos do Ministério Público Federal - foi conclusiva a respeito do objeto de prova pretendido, vale dizer, se a área do empreendimento estaria ou não localizada em manguezal, e se haveria ou não óbice à construção em face da área estar localizada em área de preservação permanente. Confirmam-se os seguintes quesitos e as respectivas respostas do perito: 5. Usando as plantas do projeto, quais as implicações do mesmo sobre a área de preservação permanente? Resposta. Nenhuma, pois o projeto está fora da área de preservação permanente, distando da mesma, 26,06m. 6. O local do empreendimento é considerado área de preservação permanente? Em caso afirmativo, como são tratadas essas áreas no código de postura municipal, ou seja, qual o zoneamento genérico atribuído a tais áreas? Justificar sua resposta. Resposta. Não. 8. Considerada como área de proteção ambiental, a edificação a ser erigida coloca em risco ou causa dano ao meio ambiente, às pessoas que por ali transitam ou habitam, ou a biota? Resposta: Não. 9. A legislação vigente permite construção de empreendimento na área em questão? Resposta: Sim, pois está fora da área de preservação permanente – APP. 31. A área do empreendimento afeta ou está localizado em manguezal? Resposta: Não.

Assim, ao lume de tais respostas, é de se concluir que não há esteio nos autos à alegação do agravante de que a prova pericial produzida naqueles autos (Ação Cautelar nº 2006.81.00.018631-2) “avaliou tão-somente a área de preservação permanente em relação ao rio Cocó, não o fazendo em relação à área de preservação permanente de seu manguezal, área esta que está a padecer de perícia judicial, daí a necessidade de sua realização”.

Não bastasse isso, conforme ressaltado pela decisão impugnada, encontram-se nos autos principais documentos emitidos com base em elementos técnicos pela Secretaria de Controle Urbano e meio ambiente do Município de Fortaleza – SEMAM, ratificados pela SEMACE (Superintendência Estadual do meio Ambiente) e pelo IBAMA, que também se prestariam a demonstrar se a localização da construção litigiosa estaria ou não dentro de área de mangue.

Assim a perícia judicial realizada nos autos da ação cautelar em referência – sublinhe-se, elaborada com a participação dos Assistentes Técnicos do Ministério Público Federal foi conclusiva a respeito do objeto de prova pretendido, vale dizer, se a área do empreendimento estaria ou não localizada em manguezal e restou comprovada pela perícia que a área não estava localizada em área de manguezal. Portanto, de acordo com a relatora na Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Desembargadora Federal Carolina Souza Malta (*on-line*, 2010) ao se pronunciar em seu voto sobre o recurso de Agravo de Instrumento do Ministério Público Federal interposto contra decisão que indeferiu pedido de prova testemunhal e pericial, tendo por alegação do agravante de que a prova pericial produzida naqueles autos (Ação Cautelar nº 2006.81.00.018631-2) “avaliou tão-somente a área de preservação permanente em relação ao rio Cocó, não o fazendo em relação à área de preservação permanente de seu manguezal, área esta que está a padecer de perícia judicial, daí a necessidade de sua realização”. Demonstrou em seu voto que

Não bastasse isso, conforme ressaltado pela decisão impugnada, encontram-se nos autos principais documentos emitidos com base em elementos técnicos pela Secretaria de Controle Urbano e meio ambiente do Município de Fortaleza – SEMAM, ratificados pela SEMACE (Superintendência Estadual do meio Ambiente) e pelo IBAMA, que também se prestariam a demonstrar se a localização da construção litigiosa estaria ou não dentro de área de mangue. Daí que, restando configurada a hipótese prevista no inc. II, do parágrafo único do art. 420 do CPC, não há falar em cerceamento do direito de defesa, razão pela qual nego provimento ao presente agravo. É como voto.

Assim, no Acórdão de relatoria Desembargadora Federal Carolina Souza Malta (*on-line*, 2010) a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, decide por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. No entanto, a alegação por parte do Ministério Público Federal que o empreendimento se encontra em área de manguezal e a sua alegação de que a perícia avaliou tão somente em relação à área de preservação permanente não o fazendo em relação a área de manguezal não teve acolhida, por entender a referida corte que ficou constatado nos autos que a perícia avaliou se o empreendimento se encontrava ou não em área de preservação permanente e em área de manguezal. Portanto, ficou constado nos autos que não houve cerceamento do direito de defesa ao Ministério Público Federal quando da negação do provimento do agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu pedido de prova testemunhal e pericial, por considerar que nos autos havia provas contundentes que a área não se encontrava em área de preservação permanente e nem em área de manguezal.

No entanto, a Constituição Federal de 1988, ao tratar sobre meio ambiente, no artigo 225, § 1º, I, assim reza: “§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder

Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”.

Nesta perspectiva, a Lei 9.605, de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente tipifica nos crimes contra a flora em seu artigo 38, que diz:

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:  
Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.  
Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, a sadia qualidade vida e o Desenvolvimento Sustentável são princípios constitucionais de grande importância e norteadores na aplicação da justiça. A aplicação e interpretação desses princípios em casos concretos visam a contribuir para homogeneização e estabilização da ordem jurídica. Estes princípios decorrem do artigo 225, da Constituição Federal de 1988, e estão vinculados aos valores fundantes da sociedade, como justiça, equidade, moralidade, solidariedade e sustentabilidade ambiental.

Não resta dúvida, que na análise do caso concreto ocorre à colisão de direitos, pois de um lado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e de outro, o direito de propriedade. Em casos assim, há duas normas constitucionais de igual hierarquia jurídica capazes de resultar em soluções contraditórias para o mesmo problema. Neste sentido, Marmelstein (2011, p.452) ao tratar sobre “a difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores” destaca:

Ocorre que há várias situações em que a harmonização será inviável, pois a proteção de um determinado valor implicará no sacrifício total do outro valor colidente. De acordo com a doutrina constitucional dominante, se não for possível harmonizar os direitos em colisão, parte-se para um sopesamento em que será prestigiado o princípio mais importante e sacrificado o princípio “perdedor”. E de fato, há várias situações em que o jurista se depara com dois princípios em rota de colisão e, para solucionar esse conflito, necessariamente precisa sacrificar um desses princípios caso não seja possível conciliá-los.

E ainda, ressalta Marmelstein (2011, p.453) que nem sempre é possível harmonizar valores muito diferentes até mesmo antagônicos e explicita:

Uma colisão de direitos fundamentais é uma batalha do direito contra o direito, mais precisamente é uma batalha do direito válido contra o direito válido, do justo contra o justo. É um problema jurídico em que as duas partes em conflito possuem um argumento de peso – com fundamento constitucional! – que ampara as suas pretensões. Nesses casos, têm-se normas de hierarquia constitucional, publicadas ao mesmo tempo e com o mesmo grau de abstração, que, no caso concreto, fornecem consequências jurídicas opostas. Os famosos critérios de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade) não servem para solucionar o conflito

ora previsto! Quid iuris? Como decidir entre dois valores igualmente relevantes que estão ambos contemplados na Constituição? No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, costuma-se dizer que todas as situações envolvendo o fenômeno da colisão de direitos são de difícil solução (“*hard cases*”) e, por isso, tudo vai depender das informações fornecidas pelo caso concreto, das argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial e da percepção ética do juiz. Tornou-se quase pacífico reconhecer que, em situações assim, é preciso usar a técnica da *ponderação* para solucionar esse conflito, ou seja, é preciso realizar uma análise de *peso e importância* dos valores em jogo e decidir qual merece prevalecer.

Sem dúvida nos casos que envolvem colisão de direitos fundamentais a solução é sempre difícil, pois tais casos dependerão das provas, argumentações e informações contidas no processo judicial, da percepção e dos valores éticos do juiz. No caso em análise, será que a dúvida levantada pelo Ministério Público no recurso interposto do agravo de instrumento sobre a localização do empreendimento em área de manguezal, não deveria ter sido considerada? Se existe o benefício da dúvida por menor que seja, então, não deveria ser, *In dubio pro ambiente*? Será que a técnica da ponderação seria o recurso mais indicado para solucionar esse conflito? Como decidir sobre o peso e valores em jogo que devem prevalecer? Tenta-se no próximo tópico encontrar respostas para essas indagações.

### **3 COLISÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COM O DIREITO DE PROPRIEDADE**

De modo geral, a colisão dos direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. De acordo com Lopes, (2001, p.47) a teoria dos direitos fundamentais surgiu graças ao desenvolvimento da teoria dos direitos do homem, cuja origem assinala Lewandowsky, encontra-se no iluminismo e no jusnaturalismo desenvolvidos na Europa nos séculos XVII-XVIII. Afirma ainda, a autora que foi neste período que se firmou a noção de que os homens possui direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da sua própria natureza humana e existentes independente do Estado.

No entendimento de Benjamim (2007, p. 96), direitos fundamentais são aqueles que, reconhecidos na Constituição ou em tratados internacionais, atribuem a pessoas ou a grupos uma garantia subjetiva ou pessoal. Neste sentido, assinala Ayla (2007, p.371) que o direito ao meio ambiente como direito fundamental foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do MS 22.164/DF, de relatoria do ministro Celso de Melo. Pela primeira vez, o STF reconheceu as características essenciais do bem ambiental, tal como foi proposto pela Constituição brasileira, quais sejam:

a) A repartição de responsabilidades no exercício desses deveres; b) a relação estabelecida entre a sua concretização e os valores atribuídos aos Poderes Públicos e à coletividade; e, sobretudo, c) a titularidade compartilhada de interesses sobre o bem, que alcançam inclusive as futuras gerações.

Assim, o STF reconheceu que o direito ao meio ambiente fundamental se materializa a defesa de valores indisponíveis, em que a titularidade repousa na coletividade, atribuídos a toda a sociedade. A decisão ora destacada reconhece e consagra o princípio da solidariedade a todo gênero humano, conforme preceitua a Constituição brasileira, “quando incumbe ao Estado e à própria coletividade a obrigação de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Com efeito, Sarlet (2011, 101), ao tratar sobre o princípio da solidariedade, diz que

O princípio (e dever) constitucional da solidariedade aparece como um dos marcos axiológico- normativos do Estado socioambiental de Direito, tensionando a liberdade e a igualdade (substancial) no sentido de concretizar a dignidade em (e com) todos os seres humanos.

No entendimento de Milaré (2013, 257) o meio ambiente ascendeu ao posto de valor supremo das sociedades contemporâneas, passando a compor o quadro de direitos fundamentais ditos de terceira geração ou dimensão incorporados aos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito. Portanto, constitui direito fundamental da pessoa humana, com expressão do direito à vida, à saúde dos seres humanos e à qualidade de vida.

No que tange ao direito de propriedade, a Constituição Federal de 1988 a concebe como direito fundamental, no entanto, o legislador condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social. A função social da propriedade está encartada no art. 182 § 2º, da Constituição, ao expressar a ideia de que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. A atual Lei Civil Brasileira inseriu em seu texto a função ambiental da propriedade e, no seu artigo 1228, parágrafo primeiro, dispõe que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Como se percebe, o direito de propriedade deve ser exercido em benefício da pessoa, mas respeitando a finalidade ético-social da comunidade, a que o seu titular pertence. Com tal entendimento, Milaré (2013, p.273) ensina que a propriedade, sem deixar de ser privada, se

socializou, com isso significando que deve oferecer à coletividade maior utilidade, sob a concepção de que o social orienta o individual.

Nesta vertente, Benjamim (2007, p. 119-120) destaca a ideia de que a Constituição de 1988 reconheceu o direito de propriedade, mas impôs limites constitucionais (intrínsecos e extrínsecos) de duas ordens:

Primeiro, agregando ao direito de propriedade a exigibilidade do cumprimento de uma função social. (...) Na doutrina, a função social é vista como princípio de controle da propriedade, que conforme salienta magistralmente Eros Roberto Grau, “impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa- o dever de exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, de não a exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade”. Segundo, e agora de modo original, o constituinte de 1988, a partir das bases da função social básica, introduziu uma função ecológica autônoma, que deve ser cumprida necessariamente pela propriedade, sob pena de perversão de seus fins, de sua legitimidade e de seus atributos.

Assim, como direito fundamental a propriedade se encontra na primeira dimensão dos direitos, chamados direitos civis e políticos, englobando os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal as liberdades de expressão coletiva e direitos de participação política. São direitos relacionados à própria pessoa como o (direito à vida, à liberdade). Tais direitos, reconhecidos por meio da Revolução Francesa, no século XVIII, exigem do Estado, a princípio, abstenções, muito embora não seja incomum que sua proteção e promoção demandem também atuações positivas, criação de organizações e procedimentos.

Percebe-se que, no caso em estudo, existe a colisão entre dois direitos fundamentais, veiculados por disposições normativas que revestem o caráter de princípios. A colisão entre dois princípios e duas regras, quando aplicadas em caso concreto, conduz a resultados entre si incompatíveis, a dois juízos contraditórios quanto ao dever jurídico a ser cumprido. A colisão entre princípios e regra é tratada por Alexy com muita propriedade. Neste sentido, Alexy (2008, 90-91) faz uma diferenciação entre princípio e regras que merece ser destacada:

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então se deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Salienta-se que a solução nos casos de colisão de regras, no entender de Alexy (2008, p.92), se introduz em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Já em caso de colisão entre princípios, o autor explica que não se há de introduzir uma cláusula de exceção, mas ocorrendo que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, entretanto, a questão da precedência pode ser solucionada de forma oposta. Assim, ocorrendo colisão entre princípios, no entendimento de Alexy, a solução deve ser dada, considerando que os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.

Analisando o caso da construção de edifício empresarial às margens do rio Cocó, percebe-se que a norma consagradora do direito de propriedade teve prevalência sobre a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. No caso em estudo, ficou comprovado por meio da prova pericial que o empreendimento não estava inserido em área de preservação permanente e nem na área de mangue. De acordo com o laudo pericial restou definida a precisa largura do Rio Cocó, qual seja, inferior a 50m, ou, como dito pelo perito designado: “após os levantamentos realizados no local, medições, nos levaram a determinar com precisão, a largura do Rio Cocó e da Área de Preservação Permanente (APP) que são respectivamente 47,82m e 50, 0m.” Restou constatado, ainda, que a distancia do empreendimento para a Área de Preservação Permanente é de 73,88m, ou seja, superior à distância de 50m exigida legalmente.

Por meio do sopesamento de interesses conflitantes entre os princípios, em que se tem de um lado um princípio de primeira dimensão, portanto, ligado ao aspecto individualista, mas que hodiernamente vinculado à concretização de valores consubstanciados constitucionalmente a uma sociedade livre, justa, solidária e ainda, com imposição de atender a função social e, de outra parte, um princípio de terceira dimensão, no qual a titularidade é difusa, centrada na coletividade, dotado de alto teor de solidariedade, tendo por fim todo o gênero humano, com expressão voltada para a vida, à qualidade de vida e a saúde que beneficia a todos por meio da proteção ambiental.

Assim, o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado deveria ter valor diferenciado e muito superior ao direito de propriedade, tendo em vista ser um direito que a titularidade repousa na coletividade e por ser um direito de proteção dos bens ambientais para as presentes e futuras gerações. O direito de propriedade findou por prevalecer no caso

concreto em análise, de modo a tolerar uma situação favorecedora de crescente degradação ambiental, dentro de uma concepção de direito absoluto e sagrado, contrariamente a concepção do direito de propriedade na contemporaneidade. Nesta perspectiva, a propriedade deve ser mitigada e deve ser exercida em equilíbrio com os valores e princípios ambientais, notadamente, quando estiverem em questão os bens ambientais.

No sopesamento de princípios e valores o direito ao meio ambiente como um valor indisponível, intrageracional e intergeracional que tem por titularidade a sociedade e todo gênero humano não deve ser um obstáculo ao desenvolvimento econômico e sim um meio de propiciar uma gestão racional dos recursos ambientais que constitui a base de sustentabilidade ambiental do Planeta. É inegável o reconhecimento de que as atividades econômicas e empresariais são importantes e devem ser desenvolvidas de modo a garantir o mínimo de qualidade de vida para todos, respeitando o princípio do meio ambiente que está contido na no art. 170, VI, Constituição Federal de 1988. Assim sendo, dentro de uma contextualização hodierna e da interpretação hermenêutica a sustentabilidade dos recursos ambientais e dos ecossistemas estão associados à durabilidade desses bens ou recursos para atender as necessidades naturais (ecossistêmicas) ou sociais (progresso humano). Neste sentido, não é fácil a solução dos conflitos que envolvem direitos constitucionais contraditórios e com valorações diferentes.

Nesta perspectiva a utilização da ponderação como um método jurídico é destacado por Pereira (2006, p.290) que:

a necessidade de utilizar a ponderação decorre não só da insuficiência dos critérios clássicos de solução de antinomias mas, sobretudo, do fato de que os métodos tradicionais de interpretação também não viabilizam soluções satisfatórias em grande parte das questões constitucionais controvertidas. Por isso, a ponderação deve ser entendida como um procedimento hermenêutico complementar – e, em certos casos, alternativo – aos métodos tradicionais de interpretação.

No caso concreto será que a melhor solução seria a prevalência do direito de propriedade sobre o direito ao meio ambiente? O interesse público não deveria prevalecer sobre o interesse privado? O interesse difuso não deveria prevalecer sobre o interesse particular? Como ponderar esses interesses? A ponderação como método e como todos os outros processos de solução dos problemas de conflitos de normas constitucionais não possui uma resposta única e correta. Para Pereira (2006, p. 290) o problema consiste em saber se estes métodos são suficientes para determinar qual a norma aplicável nos casos de conflitos entre normas constitucionais.

Assim. Em caso de colisão normas-princípios constitucionais a contradição deverá ser solucionada de maneira a excluir o conflito por meio da invalidade de uma das normas. Para Ávila (2001, p. 7) ao abordar a solução de colisão de normas-princípios menciona que:

A solução de uma colisão de normas-princípios depende da instituição de regras de prevalência entre os princípios envolvidos, a ser estabelecida de acordo com as circunstâncias do fato concreto e em função das quais será determinado o peso relativo de cada norma-princípio. A solução de uma colisão de princípios não é estável nem absoluta, mas móvel e contextual. A regra de prevalência, segundo a qual determinada norma-princípio em determinadas condições tem preferência sobre outra norma-princípio, institui uma hierarquia móvel entre ambas as medidas, já que pode ser modificada caso alterado o contexto normativo e fático.

No caso em análise uma solução que poderia ter sido dada pelo órgão ambiental, no caso, a Secretaria de Meio Ambiente e Controle Urbano - SEMAM que atualmente passou a ser Secretaria Municipal de Urbanismo e Meio Ambiente –SEUMA do Município de Fortaleza, que realizou o licenciamento ambiental seria a alternativa de outra localização para o empreendimento. O licenciamento ambiental tem por natureza jurídica o caráter preventivo de tutela do meio ambiente, e constitui um dos importantes instrumentos de gestão ambiental da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938/81. E ainda, á época o licenciamento ambiental foi realizado pelo Município de Fortaleza conforme diretiva da Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, art.6º. Esclarece, pois, que de acordo com a Lei Complementar 140/11, em seu art. 9º, XIII, são ações administrativas do município: “exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município”.

Neste diapasão, no Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão da lavra da douta Juíza Federal Substituta da 8ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que indeferiu medida antecipatória requerida na ação civil pública originária foi levantado vício de competência na realização do licenciamento alegando que o empreendimento em questão estava inserido em zona costeira e em terrenos de marinha, impondo-se a exigibilidade do EIA/RIMA, como determina a Lei nº 7.661/88, e, ainda, que a competência licenciatória seria do IBAMA, conforme os precedentes jurisprudenciais.

Assim sendo, conforme informações (*online*, 2009) no voto do Desembargador Marcelo Navarro o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, por sua vez, alegou que não ter competência primária para licenciar a área em comento, nos termos do art. 10, § 4º da Lei nº 6.938/81, sendo tal competência, segundo o IBAMA, baseada na predominância do interesse' com base nos impactos ambientais da atividade ou empreendimento - o que é definido através do Estudo Impacto

Ambiental - EIA -, não atrelando, portanto, o licenciamento ambiental federal à dominialidade do bem afetado e, ainda, que sua competência supletiva depende da inépcia ou omissão do órgão ambiental competente que não foi o que ocorreu neste caso concreto. Deixando claro, que atualmente o art. 10, § 4º da Lei nº 6.938/81 foi revogado pela Lei Complementar 140/2011, que fixou normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. Portanto, o licenciamento do empreendimento foi realizado pelo órgão ambiental municipal em conformidade com as normas ambientais vigentes no ordenamento jurídico, não tendo sido justificável e aceito o conflito de competência levantado sobre o licenciamento da obra em comento..

## **CONCLUSÃO**

No decorrer deste estudo, foi verificado que os direitos fundamentais são elaborações normativas constitucionais. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de propriedade são direitos fundamentais instituídos na Constituição Federal de 1988, que se encontram no mesmo nível hierárquico.

Na solução de casos concretos, a Hermenêutica constitucional é indispensável na aplicação da melhor interpretação visando ao entendimento e a sua adequação material na solução das lides. Para tanto, deve ser aplicada uma metódica na interpretação da norma que vá além do positivismo legalista, indicando regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva.

Na interpretação constitucional dos direitos fundamentais, deve ser usado o modelo de princípios como normas jurídicas, o que impõe o sopesamento de princípios oferecidos pelo ordenamento jurídico, visando à melhor solução. Assim, impende ressaltar que os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser limitados pela aplicação de outro direito fundamental.

Na análise realizada, o princípio da propriedade teve prevalência sobre o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado. No estudo prático em comento predominou o princípio da propriedade, haja vista ter o Superior Tribunal de Justiça não aceitado o reexame

de matéria fático-probatória dos autos, o que foi inviável em sede de recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ, em que diz: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Assim, foi negado o seguimento do Recurso Especial, impossibilitando o conhecimento do recurso e, conseqüentemente, o julgamento do mérito da questão pelo Superior Tribunal de Justiça. Com base nas provas e no laudo pericial constantes dos autos, demonstrando que as obras do empreendimento não se encontravam em Área de Preservação Permanente (APP), foi mantida a decisão do tribunal de origem, assegurando que o empreendimento em questão não estava localizado em área considerada de preservação permanente nos termos do artigo 2º, da Lei nº 4.771/65 - Código Florestal - com a redação dada pela Lei 7.803/89, destacamos que o Código Florestal foi revogado pela Lei nº 12.651, de 25 de Maio de 2012. Como se depreende, ficou constatado que o empreendimento não está inserido em área de preservação permanente e nem em área de manguezal fato que foi decisivo na prevalência do direito de propriedade sobre o direito ao meio ambiente.

O princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado no entendimento de Milaré (2013, p.257) é um princípio que ascendeu ao posto de valor supremo das sociedades contemporâneas, passando a compor o quadro de direitos fundamentais de terceira geração incorporados nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito. Afirma ainda o autor que este princípio constitui um “princípio transcendental de todo ordenamento jurídico ambiental, ostentando o *status* de verdadeira cláusula pétrea”. Mesmo ficando constatado que o empreendimento não estava localizado em área de preservação ambiental, mas em uma área de grande singularidade e rica do ponto de vista ambiental, dos recursos naturais e ecossistêmicos não teria sido mais prudente uma decisão em favor do meio ambiente? Os princípios éticos e os valores morais pautados em uma base de racionalidade podem e devem orientar as escolhas humanas inclusive as decisões judiciais.

Em síntese, constitui tarefa muito difícil julgar e decidir sobre interesses conflitantes constitucionais, em que se tem, de um lado, um direito de primeira dimensão, direito de propriedade, portanto, ligado ao aspecto individualista, mas que hodiernamente vinculado à concretização de valores consubstanciados constitucionalmente a uma sociedade livre, justa, solidária com imposição de atender a função social; e, por outro, um direito de terceira dimensão, direito ao meio ambiente, em que a titularidade é difusa, centrada na coletividade, dotado de alto teor de solidariedade, tendo por fim todo gênero humano, com expressão voltada para a vida, qualidade de vida e saúde. De maneira que não há hierarquização entre

esses direitos. Portanto, no caso em análise prevaleceu o direito fundamental de propriedade, pois no processo não ficou comprovado dano ao meio ambiente advindo da construção do empreendimento.

Em suma, na análise deste caso, aspectos como os direitos difusos, metaindividuais, singularidade, funções ambientais e ecossistêmicas e serviços ambientais prestados a coletividade pelo equilíbrio ecológico, não foram levados em consideração como algo essencial para a sociedade e coletividade local. Na realidade a questão econômica e patrimonial ainda é muito forte na atualidade, e tem na maioria das vezes um peso mais significativo sobre as questões ambientais.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição alemã. Editora Malheiros, 2008.

AYLA, Patrick de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, J. Joaquim Gomes, LEITE; José Rubens Morato (Orgs). **Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo. Saraiva, 2007.

BENJAMIM, Herman Antônio. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. Joaquim Gomes, LEITE; José Rubens Morato (Orgs). **Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo. Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição Federal. **Coletânea de Legislação de Direito Ambiental**. Organizadora Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais. 12 ed. São Paulo, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2001.

GOMES, Carla Amado. **As operações Materiais Administrativas e o Direito do Ambiente**. Lisboa. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999.

HUMBERTO, Ávila. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I. Vol.I, nº 7. Salvador, 2001. Disponível em <

[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf)>. Acesso em: 11Mar.13

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo. Malheiros 2013.

MATIAS, João Luis Nogueira, BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Propriedade, meio ambiente e empresa: dos condicionamentos ao exercício da empresa em razão do direito ambiental. In: WACHOWICZ, Marcos, MATIAS, João Luis Nogueira (Coordenadores). **Propriedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

MARMELSTEIN, George. A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores. In: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Woldergang, CARBONELL, Miguel (Orgs). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador. Editora Jus Podivm. 2011.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 8. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. Coimbra. Coimbra Editora, 2000.

MÜLLER, Frederick. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Tradução Peter Naumann. 3. ed. Editora Renovar, 2005.

PALMER, E. Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Edições 70 LDA, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2006.

TRIBE, Laurence. MICHAEL, Dorf (Orgs). **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2009.

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

## **DOCUMENTOS ELETRÔNICOS**

DECISÃO CONSTRUÇÃO TORRE EMPRESARIAL COCÓ. TRF-5 - **Agravo de Instrumento : AGTR 96903 CE 0027875-51.2009.4.05.0000**. Disponível em: <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8961842/agravo-de-instrumento-agtr-96903-ce-0027875-5120094050000/inteiro-teor-15251308> Acesso em: 13 nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 7: **como o STJ distingue reexame e reavaliação da prova**. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj](http://www.stj.gov.br/portal_stj) >. Acesso em: 14 nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no Agravo em recurso especial, Nº 270.720 - CE (2012/0264280-4)**. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23530257/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-270720-ce-2012-0264280-4-stj/inteiro-teor-23530258>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo-de-instrumento agtr- 96903-CE - 0027875-5120094050000**. Disponível em: < <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo-de-instrumento agtr- 83750-CE-0089482-3620074050000**. Disponível em: < <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 nov. 2013.