

A LEI DA COLISÃO APLICADA NO CONFLITO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E O DIREITO DE PROPRIEDADE

THE COLLISION LAW APPLIED IN THE CONFLICT BETWEEN THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ENVIRONMENT AND THE PROPERTY RIGHT

Daniele Galvão de Sousa Santos¹

RESUMO

O presente trabalho tem como foco apresentar a teoria dos princípios de Alexy, apontando os critérios desenvolvidos pela lei de colisão para a resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais. Diante desse cenário de desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional baseada na ponderação, pretende-se, ainda, abordar as críticas tecidas ao uso excessivo dos princípios e da técnica da ponderação. Nesse contexto, partindo da premissa de que a propriedade teve seu conteúdo redefinido no âmbito da Constituição Ambiental Brasileira de 1988, com a inserção de um dever de atendimento à função socioambiental da propriedade, buscar-se-á, a partir da análise de casos concretos envolvendo o conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito de propriedade, refletir acerca da possibilidade de ainda se falar em ponderação e sopesamento quando interesses coletivos estão em jogo.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos princípios – direitos fundamentais – meio ambiente – propriedade.

ABSTRACT

This paper focuses on the presentation of Alexy's principles theory, pointing to the criteria developed by the collision law for the resolution of conflicts involving fundamental rights. On this context of development of a new constitutional interpretation based on the weighting, one intends to further address the criticisms on the excessive use of the principles and weighting technique. In this context, starting from the premise that property had redefined its contents under the Environmental Brazilian Constitution of 1988, with the inclusion of a duty to comply with the socioenvironmental function of property, from the analysis of specific cases involving the conflict between the fundamental right to the environment and to property, there will be reflection on the possibility of still speaking about weighting when collective interests are at stake.

KEYWORDS: Principles theory – fundamental rights – environment – property.

INTRODUÇÃO

O cenário mundial de produção de riscos globais, especialmente após a ocorrência de grandes catástrofes ambientais e a acentuação da discussão acerca das mudanças climáticas globais, tem reforçado a necessidade de se tornar cada vez mais evidente a preocupação com a

¹ Mestranda em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Graduada em Direito pela UFMT. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Jusclima” da UFMT. E-mail: danigalvao2@uol.com.br

proteção ambiental, sobretudo, porque a produção dos riscos, a tutela do meio ambiente e, por consequência, a existência de todas as formas de vida no planeta estão diretamente ligadas às decisões humanas.

A proteção do meio ambiente, nesse contexto, expõe uma ênfase sobre os deveres de proteção, especialmente sobre um dever imperativo de redução dos riscos existenciais, evidenciando que não somente o Estado está incumbido do ônus de proteção e promoção do meio ambiente, mas também toda a coletividade, sobretudo, porque o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado engloba outros valores existenciais.

Parte-se, portanto, da concepção de que a Constituição Federal de 1988 assegura, em seu artigo 225, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e que desse direito emerge um imperativo de proteção ambiental, atrelado a uma carga de deveres fundamentais de proteção. Com isso, um componente ambiental foi inserido no processo de tomada de decisões, sem o qual estas não se legitimam plenamente.

Essa nova feição ambiental dada ao texto constitucional também se vislumbra no direito de propriedade, que assumiu uma nova roupagem ao se condicionar o seu exercício ao cumprimento de uma função socioambiental. Sai de cena uma concepção individualista do direito de propriedade, com a redefinição do seu conteúdo ao atendimento de um dever de proteção do meio ambiente.

Esse contexto nos conduz à reflexão acerca do conflito entre direitos fundamentais, na medida em que o processo de tomada de decisões relativo ao exercício do direito de propriedade poderá, por vezes, se deparar com limitações impostas pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa esteira, falar em decisões humanas (e judiciais) no âmbito de casos envolvendo direitos fundamentais e eventual conflito entre eles, especialmente o direito fundamental ao meio ambiente, não passa ao largo de uma abordagem da teoria dos princípios de Robert Alexy. Isso porque quando se leva a cabo a tutela de interesses transindividuais, a ponderação é colocada em cheque, nos fazendo refletir se de fato é cabível ponderação e sopesamento quando interesses de toda uma coletividade estão em jogo.

Esta é a grande questão que se busca enfrentar neste trabalho a partir da análise de casos concretos envolvendo a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito de propriedade, e das principais críticas que se apresentam ao uso excessivo de princípios e da técnica da ponderação.

1 A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA DOCTRINA DE ROBERT ALEXY

Pensar na ideia de normas de direitos fundamentais requer uma reflexão acerca de sua formulação, a qual pode se dar tanto de forma abstrata quanto de forma concreta. Uma norma de direito fundamental formulada de forma abstrata, segundo Alexy², relaciona-se com os critérios através dos quais uma norma pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição. Ao passo que a formulação de forma concreta de uma norma de direito fundamental tem a ver com o questionamento acerca de quais normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma Constituição são de fato normas de direitos fundamentais e quais não o são.

Nesse contexto, uma abordagem acerca de uma teoria dos princípios implica em enfrentar, primeiramente, o que se entende como norma de direitos fundamentais. Robert Alexy³ vai formular um conceito de normas de direitos fundamentais como sendo “aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados” (e somente esses enunciados) presentes no texto de uma Constituição. Há, entretanto, certas normas que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, mas atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição. Essas normas, denominadas de “normas atribuídas” decorrem da abertura estrutural característica de inúmeras disposições de direitos fundamentais. Portanto, segundo Alexy⁴, as normas de direitos fundamentais podem ser “divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas”.

Somada a essa concepção de normas de direitos fundamentais, para a abordagem que aqui se pretende apresentar, utilizar-se-á como parâmetro a definição de direitos fundamentais apresentada por Ayala⁵, para quem

Os direitos fundamentais representam um claro objetivo estatal – vinculado a determinados contextos sociais, econômicos e culturais – de conferir uma proteção reforçada a alguns valores ou bens, perante as ações do próprio Estado, admitindo objetivamente que a violação dessas zonas de interdição

² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 65.

³ Idem.

⁴ Ibidem, p. 71-73.

⁵ AYALA, Patryck de Araújo. Devido processo ambiental e direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 157.

(ou zonas de competência negativa à ação parlamentar) representaria uma hipótese de excesso inadmissível pela ordem estatal.

Feitas essas considerações, antes de se adentrar na teoria dos princípios (foco principal do presente trabalho), importa agora analisar a estrutura das normas de direitos fundamentais, na medida em que diversas diferenciações teórico-estruturais podem ser utilizadas. Entretanto, de acordo com Alexy⁶, para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante dessas diferenciações teórico-estruturais é a distinção entre regras e princípios, uma vez que essa distinção constitui “a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Para Alexy, sem essa distinção não pode haver uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões ou mesmo uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Diversos são os critérios utilizados para se distinguir regras de princípios, entretanto, o que utilizaremos aqui para a análise da teoria dos direitos fundamentais, se focalizará no critério qualitativo apresentado por Alexy⁷. De acordo com esse critério, tanto regras como princípios são normas e, entre ambos, há uma diferença qualitativa, e não apenas uma diferença gradual.

A partir de uma análise da teoria de Alexy, Silva⁸ destaca que no âmbito da teoria dos princípios, o principal traço que distingue regras de princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Isso porque regras garantem direitos e impõem deveres definitivos, enquanto os princípios garantem direitos e impõem deveres *prima facie*.

1.1 Regras como razões definitivas

Na linha do critério qualitativo formulado por Alexy⁹, regras são entendidas como normas que contêm um mandamento definitivo, isto é, são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. As regras têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Desta feita, “se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá

⁶ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 85.

⁷ Ibidem, p. 90.

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 45.

⁹ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 91, 104 e 108.

ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto”¹⁰. Por essa razão é que as regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção (como veremos mais adiante no conflito entre regras), razões definitivas.

1.2 Princípios como mandamentos de otimização

Por outro lado, na esteira do critério qualitativo apresentado por Alexy¹¹, princípios são considerados normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, portanto, mandamentos de otimização 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 existentes, sendo que o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Nesse sentido, por exigirem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, isto é, por representarem razões que podem ser afastadas por razões antagônicas e não disporem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas, Alexy¹² considera que os princípios contêm um mandamento, um dever ou um caráter *prima facie*, ao contrário das regras que, como visto, contêm mandamentos definitivos. Por serem sempre razões *prima facie*, se isoladamente considerados, os princípios estabelecem apenas direitos *prima facie*.

Nesse contexto, Alexy¹³ explica que a introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios pode fortalecer o caráter *prima facie* dos princípios. Isso implica dizer que, diante de um determinado caso concreto, a carga argumentativa depositada sobre determinados princípios favorecerá que, por exemplo, interesses individuais prevaleçam contra interesses coletivos, ou vice-versa.

É dessa diferença conceitual entre regras e princípios que vão decorrer os diferentes comportamentos em casos de conflitos ou colisões¹⁴.

2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 45.

¹¹ ALEXY, Robert. Op. cit. p.90.

¹² Ibidem, p. 103-104.

¹³ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 105-106.

¹⁴ Ibidem, p. 103.

2.1 Conflitos entre regras

Se, como visto anteriormente, regras contém razões definitivas e os direitos nelas contidos devem ser realizados totalmente, o que fazer diante de um conflito entre duas regras que preveem condutas diversas para uma mesma situação? Haveria, diante de uma situação dessa magnitude, um problema de coerência no ordenamento jurídico? Para Alexy¹⁵, “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”.

Nessa linha de raciocínio, na hipótese de haver incompatibilidade entre partes dos preceitos de duas regras em conflito, a solução será encontrada através da instituição de uma cláusula de exceção em uma dessas regras. Entretanto, na eventualidade de a incompatibilidade entre essas duas regras ser total, isto é, quando seus preceitos para o mesmo fato ou ato forem absolutamente excludentes em todas as circunstâncias, a única solução para a resolução do conflito será a declaração da invalidade de uma dessas regras¹⁶.

Para ilustrar essa teoria, Alexy¹⁷ cita o exemplo do alarme de incêndio em uma escola. Neste caso, há uma regra que determina que não é permitido sair da sala de aula antes de soar o sinal. Há, contudo, outra regra que determina que se deve sair da sala de aula caso soe o alarme de incêndio. Há, portanto, uma regra que proíbe e outra que permite sair da sala de aula e ambas são regras válidas. O que fazer diante de uma hipótese em que ambas são aplicáveis? Ou seja, o que fazer se soar o alarme de incêndio e ainda não tiver sido tocado o sinal? Essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. E, a solução em caso de conflito entre elas, se dá por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras. Assim, a máxima para a resolução desse conflito seria expressa da seguinte forma: é proibido sair da sala de aula antes de tocar o sinal, *exceto* na hipótese de soar o alarme de incêndio.

Situação diversa se dá caso não seja possível a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras colidentes. Nesse caso, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Há, contudo, um problema a ser enfrentado: qual das regras colidentes deve ser declarada inválida? Esse problema poderá ser solucionado por regras como lei posterior derroga lei anterior ou lei especial

¹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 92.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 48.

¹⁷ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 92.

derroga lei geral. O exemplo citado por Alexy¹⁸ para ilustrar conflitos como esses é o caso do horário de funcionamento do comércio local e a previsão constitucional sobre o horário de trabalho. Neste caso, havia uma norma constitucional que permitia a abertura de lojas entre 07 e 19h nos dias úteis e, uma norma estadual que proibia a abertura de lojas após as 13h nas quartas-feiras. Como se nota, se ambas as regras forem válidas, a abertura das lojas nas tardes de quartas-feiras é tanto permitida quanto proibida. A introdução de uma cláusula de exceção, neste caso, foi vedada por um dispositivo constitucional. Assim, a única solução para o conflito dessas duas regras foi a declaração de nulidade da norma estadual, prevalecendo a norma constitucional.

2.2 Colisão entre princípios

De forma completamente diversa se dá a solução das colisões entre princípios. Quando dois princípios preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica, um dos princípios terá que ceder, ou seja, um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições¹⁹.

Nesse sentido, por serem normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, dizer que um princípio deve ceder não significa que ele deva ser declarado inválido ou que nele será introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm *precedência* em face do outro. Ou seja, os princípios colidentes estão abstratamente no mesmo nível, mas um tem maior peso que o outro no caso concreto. Há, portanto, uma dimensão do peso ou um sopesamento. Assim, eventual colisão entre princípios será solucionada através da fixação de relações condicionadas de precedência com base nas circunstâncias do caso concreto, isto é, o estabelecimento de condições sob as quais um dos princípios tem precedência em face do outro.

É essa a ideia evidente na chamada “lei de colisão” de Alexy²⁰, que constitui um dos fundamentos da teoria dos princípios por ele defendida, refletindo a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes. Essa ideia pode ser expressa através do seguinte enunciado de preferência $(P_1PP_2)C \rightarrow R$, onde o princípio P_1 tem

¹⁸ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 93.

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibidem, p. 99.

precedência em face do princípio P_2 sob as condições C e, se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica. Em síntese, a lei formulada por Alexy²¹ sobre a conexão entre relações de preferências condicionadas e regras é expressa na ideia de que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. Importa ressaltar, todavia, que essa relação de precedência entre os princípios colidentes é sempre condicionada e reformulada a cada nova situação concreta.

2.3 Colisão entre regras e princípios

Outra problemática deveras complexa e pouco explorada pela teoria dos princípios, como bem ressaltado por Silva²², é a hipótese de colisões entre uma regra e um princípio. Para o referido autor, uma eventual colisão entre uma regra e um princípio somente apresenta duas respostas possíveis, baseadas nas duas formas de resolução de conflitos normativos supramencionadas:

- (1) Nas colisões entre uma regra e um princípio é necessário fazer um sopesamento entre ambos para saber qual deve prevalecer: nesse caso, a definição de regras como normas que garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos cai por terra, porque poderão ocorrer casos em que uma regra, a despeito da válida e aplicável, seja afastada, sem que com isso perca sua validade. Além disso, um eventual sopesamento só pode envolver normas que tenham a dimensão do peso, o que regras não têm.
- (2) As colisões entre uma regra e um princípio devem ser solucionadas no plano da validade: nesse caso, seria necessário aceitar que, quando um princípio tiver que ceder em favor de outra norma no caso concreto, terá ele que ser expelido do ordenamento jurídico. Isso seria incompatível com a ideia segundo a qual a validade de um princípio não é afetada nos casos em que sua aplicação é restringida em favor da aplicação de outra norma.

Entretanto, para Silva²³, a resposta aos casos de colisões entre regras e princípios deve evitar os dois problemas acima identificados e consiste na ideia, também problemática, de que quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia.

Silva²⁴ aponta essa solução como problemática, na medida em que ela passa ao largo de um ponto central: o da segurança jurídica. Isso porque, a possibilidade de o julgador estar sempre livre para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais

²¹ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 99.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 51.

²³ Ibidem, p. 52.

²⁴ Idem.

importante que justificaria esse afastamento, em qualquer caso e em qualquer situação, poderia conduzir a situações de insegurança jurídica. Daí porque ele vai dizer que uma regra de direito ordinário já é produto de um sopesamento entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, sopesamento este feito pelo legislador. Assim, haveria, na realidade, uma relação de restrição e não de colisão e essa regra deve ser simplesmente aplicada por subsunção.

Todavia, caso haja dúvidas acerca da constitucionalidade da regra, o julgador estará incumbido do controle de constitucionalidade da regra: se constitucional, aplicá-la por subsunção ou, se inconstitucional em face de outro princípio (mais importante que o princípio ao qual o legislador deu primazia, naquela situação descrita pela regra), declará-la como inconstitucional, desaparecendo a situação de colisão²⁵.

Situações outras há nas quais não há razões para considerar uma regra como inconstitucional e sua aplicação por subsunção levaria a cenários de incompatibilidade com algum princípio constitucional diante do caso concreto. Neste caso, como a incompatibilidade se dá apenas no caso concreto, não sendo verificável em abstrato, o sopesamento poderá ser utilizado como forma de argumentação jurídica com a finalidade de se *excluir* a tipicidade da conduta, ou seja, utilizando-se de elementos da situação concreta não enquadrar o ato na descrição da regra²⁶.

Há, contudo, casos em que seja necessário *incluir* uma conduta, um estado ou uma posição jurídica na proteção de um direito fundamental e tal inclusão esbarra no preceito contrário de uma regra. Neste caso, como produto do sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente, cria-se uma regra que institui exceção à regra proibitiva, que deverá ser aplicada por subsunção. Importa mencionar que, nesta hipótese, não haverá um sopesamento a cada novo caso concreto e a cada nova decisão, na medida em que esse sopesamento já foi feito no processo de surgimento da regra. Assim, uma vez criada uma regra (cláusula de exceção) através de construção jurisprudencial, o raciocínio a ser feito na aplicação é o típico das regras, ou seja, de direito ou dever definitivo aplicável por subsunção²⁷.

2.4 Ponderação de regras?

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 52-53.

²⁶ Ibidem, p. 54-55.

²⁷ Ibidem, p. 54-56.

Diante desse contexto, Silva²⁸ traz à lume a crítica de Humberto Ávila, para quem as regras, ao serem aplicadas, em muitos casos também “devem passar por um processo de ponderação ou, se não isso, pelo menos por um processo de consideração das circunstâncias fáticas da aplicação da norma jurídica reputada como regra”.

Para dar forma a esta tese, Ávila, citado por Silva²⁹, “sustenta que isso decorre do fato de que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação”. Para demonstrar que as regras também podem passar por uma espécie de sopesamento para serem aplicadas, Ávila utiliza uma série de exemplos onde, no seu entender, “uma regra aparentemente absoluta foi relativizada em sua aplicação, não produzindo os efeitos que teria produzido se, de fato, tivesse sido aplicada em sua inteireza”³⁰.

O primeiro exemplo que Ávila vai utilizar é um caso de suposta violação ao artigo 224 do Código Penal, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu não estar configurado o tipo penal, embora os requisitos normativos estivessem presentes, dadas as circunstâncias particulares do caso concreto não abarcadas pela norma, tais como a aquiescência da vítima ou sua aparência de pessoa mais velha. Silva³¹, entretanto, refuta a ideia de que tenha havido sopesamento neste caso, na medida em que a regra simplesmente não poderia ser aplicada, pois o tipo penal não se configurou. Assim, o sopesamento utilizado não se deu com a finalidade de aplicação da norma, mas tão somente como uma forma de interpretação, ou seja, com a finalidade de se definir se o fato é típico ou não, se se enquadra, ou não, na hipótese descrita pela norma, de modo que a estrutura da regra permaneceu intacta.

Do mesmo modo, para Silva³², as regras não têm a chamada dimensão do peso, como defende Ávila. Isto porque, acreditar que as regras tenham dimensão de peso implicaria na possibilidade de, diante de uma determinada situação de colisão, uma regra ceder preferência a outra sem se tornar inválida. O primeiro exemplo³³ usado por Ávila para demonstrar essa tese, na perspectiva proposta por Silva, refletem normas de conduta que “impõem deveres *prima facie* que, na situação concreta, em caso de colisão, deverão passar por um processo de ponderação, para que se decida qual deverá prevalecer”. Tais normas têm, portanto, a

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 56.

²⁹ Ibidem, p. 56-57.

³⁰ Ibidem, p. 57.

³¹ Ibidem, p. 58.

³² Ibidem, p. 60-61.

³³ “O primeiro exemplo é o seguinte: uma regra do código de ética médica prescreve que os médicos devem dizer toda a verdade sobre as doenças de seus pacientes; e outra, que os médicos devem utilizar todos os meios disponíveis para curá-los. Diante disso, Ávila pergunta: ‘(...) como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade? (...)’”. in SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 60.

estrutura de princípios e seguem perfeitamente o modelo proposto pela teoria dos princípios. Na mesma linha, o segundo exemplo³⁴ utilizado por Ávila é refutado por Silva³⁵, na medida em que não há a atribuição de peso a uma das regras, mas sim a instituição de uma exceção decorrente de uma relação de especialidade e generalidade, regida pela máxima *lex specialis derogat lex generali*. Não há, pois, espaço para sopesamento, visto que se está diante de um dever especial, sendo que, na hipótese de não se configurar presente a exceção baseada na especialidade, perfeitamente aplicável será a norma geral.

3 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 Normatividade dos princípios, ponderação de valores e teoria da argumentação

De encontro à teoria dos princípios desenvolvida por Alexy caminha a ideia da nova interpretação constitucional defendida por Barroso. Nessa perspectiva, ao contrário da interpretação constitucional tradicional, calcada “em um modelo de regras aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto”, Barroso³⁶ argumenta que vem surgindo uma nova interpretação constitucional que se assenta “em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto”.

Para o referido autor, devido ao conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente das cláusulas constitucionais, a interpretação constitucional deparou-se com a necessidade de “desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão”³⁷.

³⁴ “Por fim, o segundo exemplo usado por Ávila. Há duas regras que entram em conflito. A primeira delas é a regra contida no art. 1º da Lei 9.494/1997, que veda a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote, no todo ou em parte, o objeto litigioso. Segundo Ávila, ‘essa regra *proibe* ao juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver’. A segunda regra decorre da interpretação do art. 1º da Lei 9.908/1993 do Estado do Rio Grande do Sul, que obriga que o juiz determine, se for o caso por medida liminar, a concessão de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver”. in SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 61.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 62.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 384.

³⁷ Ibidem, p. 357.

Nessa linha de raciocínio, o sentido único e objetivo dado pelas soluções subsuntivas não mais se adequam às diferentes possibilidades interpretativas capazes de serem desenhadas com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. Isso não quer dizer, contudo, que se esteja renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas quando se fala em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores e teoria da argumentação, visto que esse novo desenho interpretativo conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas³⁸.

Assim, Barroso³⁹ defende que no momento vivenciado pela nova interpretação constitucional, o pensamento jurídico tem-se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que a interpretação e aplicação de princípios (entendidos como elementos normativos) oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto no de sua eficácia. Nessa perspectiva, além da carga normativa atribuída aos princípios, são também ideias essenciais dessa nova interpretação a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

Para Barroso⁴⁰, diante de casos difíceis, isto é, quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas, incide a técnica de decisão jurídica da ponderação, especialmente porque diante de casos tais a subsunção se mostra insuficiente. Nessa linha, o raciocínio ponderativo é descrito como um processo que abarca três etapas: 1ª) em um primeiro momento, ao intérprete cabe a função de detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos que possam existir entre elas; 2ª) posteriormente, o julgador deverá examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos; 3ª) é na terceira etapa (dedicada à decisão) que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Nessa fase, o julgador deverá examinar [minuciosamente] de forma conjunta os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto para apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

Diante desse contexto, Barroso alerta⁴¹ que “a existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial”. É por tal razão que ele vai destacar a necessidade de uma teoria da argumentação, na medida em que acredita que “o

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 346.

³⁹ Ibidem, p. 352.

⁴⁰ Ibidem, p. 358-362.

⁴¹ Ibidem, p. 362.

controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida”.

Nesse sentido, Barroso⁴² acredita haver três parâmetros elementares para a demonstração racional, feita através da argumentação jurídica, de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional. Primeiramente, ele ressalta que não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal para fundamentar uma decisão, é necessário que o intérprete seja capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação. O segundo parâmetro apontado para o controle da argumentação jurídica, diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão, isto é, a expectativa de que os critérios empregados possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes, especialmente quando a decisão envolver ponderação. Por fim, o terceiro parâmetro destacado por Barroso é formado por dois conjuntos de princípios: 1º) Um composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional e 2º) outro por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Desse modo, diante de várias soluções igualmente plausíveis, o julgador deverá “percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais”.

Importa destacar, ainda, o alerta feito por Barroso⁴³ para demonstrar a relevância da argumentação jurídica:

Em suma, o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.

Voltada a essa elevada carga de subjetividade conferida ao aplicador da lei quando da prolação de sua decisão, é que diversas críticas têm sido tecidas aos julgadores que se valem indiscriminadamente dessa nova interpretação constitucional baseada na ponderação de valores e na teoria da argumentação. Destacam-se, neste contexto, as críticas tecidas por Marcelo Neves e Lenio Luiz Streck, abordadas brevemente nos tópicos subsequentes.

3.2 Entre Hidra e Hércules

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 363-366.

⁴³ Ibidem, p. 367.

De forma metafórica, buscando abordar criticamente a flexibilização que os princípios ensejam ao sistema jurídico, ao ampliarem as possibilidades da argumentação, estimulando a construção de argumentos, Neves⁴⁴ recorre à mitologia grega, à batalha entre Hidra e Hércules⁴⁵, para analisar o caráter rígido das regras e o caráter flexível dos princípios. Nesse contexto, à maneira de Hidra, os princípios abrem o processo de concretização jurídica, instigando problemas argumentativos, ao passo que as regras, à maneira de Hércules, tendem a fechá-lo, absorvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa.

Nesse sentido, dado o caráter estimulante dos princípios de permitir a abertura para construção de argumentos jurídicos, Neves⁴⁶ acredita que a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e pela ponderação de princípios, o que tem contribuído para uma banalização de questões complexas. Isso porque a “ponderação desmedida” ou a “compulsão ponderadora” deu margem à judicialização da política e à politização do direito, na medida em que interesses particularistas (avessos à legalidade e à constitucionalidade) são legitimados pela abertura argumentativa proporcionada pelos princípios.

Além disso, Neves⁴⁷ aponta, também, que o manuseio excessivo dos princípios constitucionais, da técnica da proporcionalidade e do modelo de ponderação, assim como também o emprego de outras estratégias argumentativas, conduzem a um certo grau de insegurança jurídica, na medida em que a cada novo caso concreto, novas decisões são proferidas, por vezes até diferentes de decisões anteriores prolatadas em casos praticamente idênticos, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias. Ou seja, não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos, não se

⁴⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. XV-XVII.

⁴⁵ “Na narrativa mitológica, Hércules, em seu segundo trabalho, entre os doze realizados a serviço do seu primo Euristeu, Rei de Micenas, enfrentou a Hidra de Lerna. A Hidra, que habitava um pântano próximo ao Largo de Lerna, na região da Argólida, era um animal monstruoso, com forma de serpente e muitas cabeças, às vezes humanas, cujo hálito era mortífero para quem dela se aproximasse. A Hidra também destruía rebanhos e colheitas. Hércules a enfrentou com flechas flamejantes ou, conforme uma variante da lenda, com uma espada curta, cortando-lhe as cabeças. A dificuldade em levar a cabo sua tarefa decorria de que as cabeças se regeneravam à medida que eram decepadas. Para superar essa dificuldade, Hércules recorreu à ajuda de seu sobrinho Iolau, pedindo-lhe que incendiasse uma floresta vizinha e trouxesse tições para cauterizar os pontos em que se cortavam as cabeças. Então, a cada cabeça que Hércules decepava, Iolau aplicava tições no ferimento da Hidra. Essa cauterização impedia que houvesse a regeneração ou renascimento de cabeça(s) no local do corte. Por fim, com a ajuda de Iolau, Hércules decepou a principal cabeça, que se apresentava como imortal, e esmagou-a com um enorme rochedo, enterrando-a sob este. Dessa maneira, a Hidra foi morta, e Hércules cumpriu o seu segundo trabalho”. *in* NEVES, Marcelo. Op. cit. p. XV-XVI.

⁴⁶ NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 171-196.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 196-220.

oferecendo critérios para que se reduza o valor surpresa das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes.

Dessa maneira, quanto mais a ponderação restringir-se à consideração de particularidades do caso, isto é, puder ser caracterizada tipicamente como ponderação *ad hoc*⁴⁸, tanto menor será a possibilidade de fundamentos para a introdução de formas de argumentação que sirvam à proteção do núcleo dos direitos fundamentais.

Para evitar, portanto, o descomprometimento com a força normativa da Constituição causada pela ponderação sem limites, voltando à metáfora de Hidra e Hércules, Neves⁴⁹ apresenta como solução um modelo de Juiz Iolau, caracterizado por ser “um juiz capaz de desapadoxizar o enlace circular entre princípios e regras nos diversos casos constitucionais de maior complexidade”. Na forma proposta por Neves, esse juiz não se subordinaria ao poder dos princípios de se regenerarem incontrolavelmente em cada situação concreta e também não se prenderia ao formalismo excessivo das regras. Todavia, esse juiz não negaria que, em certos casos, precisaria recorrer à técnica da ponderação. Ocorre que ele saberia identificar que a trivialização da ponderação tem efeitos negativos para os próprios princípios constitucionais. Esse juiz buscaria, portanto, novos caminhos além do formalismo das regras e do substancialismo dos princípios e da ponderação entre eles.

3.3 O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito

À semelhança de Neves, Streck⁵⁰ desenvolveu também uma teoria crítica ao uso excessivo dos princípios e à reinvenção de novos princípios a cada novo caso concreto, que tem sido muito difundida pelos julgadores.

Tecendo duras críticas à teoria da argumentação e à teoria dos princípios, Streck⁵¹ argumenta que os princípios têm a finalidade de impedir múltiplas respostas, isto é, princípios fecham a interpretação e não a abrem. Isso porque, para Streck, pensar que princípios consistem em mandamentos de otimização abre caminho para a discricionariedade judicial, para decisionismos claramente irracionais. Por tal razão, Streck⁵² acredita que a ponderação,

⁴⁸ Citando Bernstorff, Neves destaca a diferença entre ponderação *ad hoc*, caracterizada como forma extrema do estilo de argumentação orientada pela ponderação, e ponderação definitiva. A diferença entre esses dois tipos de ponderação reside no grau em que critérios para outros casos são gerados pelos processos de ponderação. *in* NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 200.

⁴⁹ NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 221-228.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 163-191.

⁵¹ *Ibidem*, p. 171.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 181.

na realidade, constitui um mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio e o seu uso discricionário sempre leva a uma abstração em face do caso e acaba tratando direitos como se fossem valores negociáveis, conduzindo a um enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Nesse sentido, Streck⁵³ fala da “flambagem” do Direito ocasionada pelo “pamprincipiologismo”, expressão utilizada por ele para designar a criação de novos princípios e enunciados performativos:

Cada um pode abrir uma fábrica de álibis e enunciados performativos, colocando a grife “princípio”. É um produto cuja venda está assegurada de antemão. No kit, o cliente recebe o manual de instruções, sendo um dos itens “a ponderação”. Na verdade, os princípios, no modo como são apresentados por parte considerável da doutrina e a totalidade da jurisprudência, não passam de *topoi*. Aliás, o grande problema do pamprincipiologismo é transformar os princípios em *topoi*. Quem trabalha com a tese de que princípios são valores, não faz sequer uma retórica. Faz apenas uma prototópica.

Ao contrário da leitura de Neves, entretanto, não conseguimos identificar em Streck uma solução para os problemas por ele identificados no uso excessivo dos princípios, da técnica da ponderação e da argumentação.

Ultrapassada esta etapa de análise da teoria dos princípios e da nova interpretação constitucional desenvolvida a partir das técnicas de argumentação e ponderação formuladas por essa teoria, importa, na parte final deste trabalho, analisar como se dá, na prática, a resolução de questões envolvendo direitos fundamentais igualmente consagrados pela Constituição que, porém, se encontram em rota de colisão.

4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO AO MEIO AMBIENTE VERSUS DIREITO DE PROPRIEDADE

4.1 A redefinição do conteúdo do direito de propriedade

Embora não seja o foco do presente trabalho uma análise aprofundada do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente ou mesmo do direito de propriedade, uma abordagem que trate de casos envolvendo a colisão desses dois direitos não deve ser feita sem que antes algumas considerações sejam tecidas acerca do desenho constitucional expresso pela ordem jurídica brasileira aos direitos em questão.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em 17 out. 2013.

Partindo de uma concepção que reconhece que no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro se tenta implementar os moldes de um Estado Socioambiental de Direito⁵⁴, especialmente com o advento da Constituição Ambiental de 1988 que, em seu artigo 225, elevou o meio ambiente ao *status* de direito fundamental, concebe-se que o reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito fundamental vem agregado de um dever fundamental de proteção e promoção que se manifesta na forma de um dever fundamental defensivo e prestacional imposto não somente ao Estado, mas também à toda a coletividade. Se fala, portanto, nessa ótica, que o direito ao meio ambiente é um *direito-dever* na medida em que os deveres fundamentais de proteção e promoção do meio ambiente encontram-se vinculados de forma direta ao comando normativo-constitucional que prevê o direito fundamental em questão.

Nesse passo, como bem destaca Sarlet⁵⁵, o *dever conexo* resultante da proteção ambiental está relacionado ao próprio reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente, ao qual esse dever está atrelado materialmente. Para ilustrar a realidade vivenciada no plano da ordem jurídico-constitucional brasileira, tal entendimento se dá a partir da compreensão de que o direito fundamental a um ambiente equilibrado constitui típico direito-dever, porquanto o dever fundamental de proteção do ambiente encontra-se vinculado de forma direta ao comando normativo-constitucional que prevê o direito fundamental em questão, consoante se depreende da disposição do artigo 225 da Constituição Federal.

No mesmo sentido, o direito de propriedade pode também ser formulado como um *direito-dever*, na medida em que o desenho constitucional desse direito revela a função socioambiental da propriedade enquanto um dever fundamental intrínseco ao direito de propriedade. Ou seja, as limitações e a redefinição do conteúdo do direito de propriedade impostas pelo comando constitucional da função socioambiental da propriedade não permitem um olhar isolado e individualista do direito de propriedade, posto que o meio ambiente é elemento intrínseco ao exercício do direito de propriedade.

José Afonso da Silva⁵⁶ entende, por outro lado, que a função social não constitui

⁵⁴ O conceito de Estado Socioambiental de Direito que se adota neste trabalho é o desenvolvido por Fensterseifer, para quem esse novo modelo estatal é estruturado em um arcabouço jurídico norteado por princípios ambientais basilares, que prima por compromissos compartilhados entre o Estado e a sociedade, a fim de garantir níveis adequados de proteção do meio ambiente e condições ambientais mínimas para usufruto de uma vida humana digna e saudável. *in* 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. 95-97.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 241-242.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 6. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p.73.

limitação ao *exercício* do direito de propriedade, uma vez que interfere na *estrutura* do próprio direito, enquanto que as limitações dizem respeito ao exercício do direito.

Nesse mesmo sentido é a posição de Derani⁵⁷ para quem o preenchimento da função social é causa da *existência* do direito de propriedade. Assim, ao impor que a propriedade deva atender à função social e, devido ao fato de o componente ambiental ser parte integrante dessa função social, a Constituição deu novos contornos à propriedade, configurando uma nova relação jurídica. Nessa esteira, Derani⁵⁸ pontua que ao detentor de recursos ambientais é imposto o atendimento da função ambiental da propriedade, na medida em que “esses bens apropriados e a manutenção de suas características ecológicas são indispensáveis à realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

É por essa razão que Bortolini⁵⁹ entende inexistir conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito de propriedade, haja vista que

a proteção ambiental apresenta-se, no regime jurídico constitucional brasileiro, como um elemento interno e estruturante do direito de propriedade, sem a qual este não se realiza por completo, não se legitima plenamente. Nos moldes constitucionais atuais (art. 5º, caput, XXII, XXIII, art. 170, II, III, art. 182, §2º, arts. 184, 185 e 186) o direito fundamental de propriedade não se separa do dever fundamental de proteção ambiental.

Partindo dessa premissa (de que a proteção do ambiente está inserida no direito de propriedade), Bortolini⁶⁰ defende que eventuais conflitos e tensões que possam existir entre os direitos em questão se limitariam ao plano dos fatos (localizam-se externamente ao direito de propriedade) e “são, portanto, fenômenos sociais, embates de forças políticas e de interesses no seio da sociedade. Referem-se ao modo de se externalizar o direito, e não à estrutura interna do direito de propriedade”.

O conceito de propriedade é, portanto, um conceito dinâmico que tem sofrido transformações ao longo dos tempos para incorporar valores em evidência na sociedade. Assim ocorreu com a função social da propriedade, onde se percebeu que a propriedade não poderia atender somente aos anseios do proprietário, mas deveria guardar harmonia com as relações sociais e interesses da sociedade e com o bem-estar dos trabalhadores, e atualmente ocorre com a dimensão ambiental da função social, que se encontra em evidência por conta do

⁵⁷ DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, jul-set 2002, v.27. p. 61.

⁵⁸ Ibidem, p. 67.

⁵⁹ BORTOLINI, Rafaela Emília. A inexistência de conflito entre o direito de propriedade e a proteção do ambiente: uma aproximação da função socioambiental com os deveres fundamentais. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f9cafd014db7a61>>. Acesso em 31 maio 2013.

⁶⁰ Idem.

contexto de riscos globais⁶¹ vivenciados na era da civilização tecnológica.

Adotando-se essa concepção de que o direito de propriedade só se legitima plenamente caso atenda à sua função socioambiental, por ser este elemento estruturante e integrante do próprio direito em questão, reserva-se ao tópico subsequente a análise de dois casos jurisprudenciais envolvendo a demolição de obras em área de preservação permanente, com a finalidade de se refletir se é possível a ponderação quando interesses de toda a coletividade estão em jogo e em que medida se dá essa ponderação.

4.2 O caso da demolição de obras em área de preservação permanente

Como ponto de partida para a análise de casos jurisprudenciais acerca da demolição de obras em área de preservação permanente, adotar-se-á o pressuposto teórico destacado por Ayala⁶², para quem as áreas de preservação permanente vinculadas à proteção dos recursos hídricos relacionam-se, inclusive, com o mínimo existencial ecológico, porquanto “reproduzem no plano material, um mínimo indispensável para a manutenção das funções ecológicas naqueles espaços”. Nessa perspectiva, a redução dos percentuais destinados às áreas de preservação permanente por iniciativa legislativa estadual pode contribuir para a redução da qualidade de vida e do próprio meio ambiente, a padrões aquém do indispensável para um mínimo de existência (condições mínimas para uma existência digna). Nessa linha de raciocínio, reduzir a proteção dessas áreas consiste em “deixar de assegurar proteção mínima aos espaços conhecidos como APPs. A proteção em padrões inferiores aos previstos no Código Florestal contribui diretamente para a degradação da própria pretensão de se viver dignamente”. Isso porque “vida digna pressupõe viver em um espaço no qual os recursos naturais tenham qualidade” e “desta qualidade depende a existência digna da pessoa humana”.

É reforçando esse entendimento que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 769.753-SC (2005/0112169-7)⁶³, proferiu acórdão ressaltando que empreendimentos potencialmente causadores de significativa degradação ambiental dependem da elaboração de estudo prévio de impacto ambiental pelo órgão ambiental

⁶¹ Aqui se faz referência ao conceito de sociedade mundial de riscos desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

⁶² AYALA, Patryck de Araújo. Op. cit. p. 196.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 769.753-SC (2005/0112169-7). União, Ministério Público Federal e Mauro Antonio Molossi *versus* União, Ministério Público Federal e Mauro Antonio Molossi. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

competente, sendo que áreas de promontório são consideradas áreas de preservação permanente e, portanto, áreas *non aedifandi*.

Na oportunidade, a União, Ministério Público Federal e Mauro Antonio Molossi interpuseram Recurso Especial contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que havia declarado a nulidade de licença ambiental concedida pela FATMA (órgão ambiental do Estado de Santa Catarina) para a construção de empreendimento hoteleiro localizado em área de promontório, a qual é considerada de preservação permanente pela legislação do Estado de Santa Catarina (Lei nº 5.793/80 e Decreto nº 14.250/81) e pela lei do município de Porto Belo/SC (Lei municipal nº 426/84), por entender que o órgão ambiental estadual não possui competência para expedir autorização para construção em terreno de marinha. Além disso, atento ao princípio da prevenção e ressaltando a necessidade de que o desenvolvimento econômico deve estar atrelado ao respeito à natureza e aos ecossistemas, bem como repisando que o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado está acima de interesses privados, por representar um bem e interesse transindividual, o TRF4 destacou a necessidade de adoção de alguma espécie de avaliação prévia ambiental.

O caso tem origem em uma Ação Civil Pública manejada pela União com o objetivo de responsabilizar o Município de Porto Belo, Estado de Santa Catarina, e o ocupante de terreno de marinha e promontório, pela construção irregular de um empreendimento hoteleiro de três pavimentos com aproximadamente 32 (trinta e dois) apartamentos. A finalidade da ação é, pois, anular a licença municipal de construção e obter ordem judicial determinando a demolição da obra, ante a lesividade ao patrimônio público federal e ao meio ambiente.

Nesse contexto, reconhecendo como incontroversa a localização do hotel (Praia da Encantada – área de promontório, considerada área *non aedificandi*), bem como a competência do órgão federal ambiental para expedição de licença, o Ministro relator apontou como princípios fundamentais da gestão da Zona Costeira a cooperação entre as esferas de governo e a precaução, de modo que não se mostra razoável a visão monopolista-exclusivista dos órgãos ambientais para a competência de licenciamento, sobretudo, porque, no mais das vezes, o que ocorre é um fato consumado de degradação ambiental (frise-se: comumente irreversível), cabendo ao Judiciário tão somente o exame da reparação. Com base em tais argumentos, o Ministro relator concluiu ser indiscutível que a licença urbanístico-ambiental foi concedida ao arrepio da legislação, motivo pelo qual não pode ser ratificada ou servir de suporte para manutenção de obra realizada, sobretudo, na ausência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

Ainda, invocando o princípio da melhoria da qualidade ambiental, o Ministro relator⁶⁴ destacou que

se um imóvel, rural ou urbano, encontra-se em região já ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação), tese que equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânone de isonomia aplicável a pretensão de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram, ou desmataram o meio ambiente protegido, que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie. Esse aspecto não passou despercebido ao eminente Relator do acórdão recorrido, para quem seria inadmissível "atualmente, após o alto grau de conscientização de preservação ambiental, pregar-se que 'por já estar degradado', não há necessidade de preservação futura" (fl. 690).

Por fim, atento à responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental e ao princípio do poluidor-pagador, o Ministro relator salientou a obrigação de o agente causador do dano ambiental (ainda que indiretamente) reparar todos os danos ambientais causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo dispensável a perquirição acerca do elemento subjetivo para valoração da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do *status quo ante* ecológico e de indenização.

Mesmo que não tenha havido menção expressa à teoria dos princípios, a solução adotada para o caso supranarrado passou, ainda que indiretamente, por um processo de ponderação, na medida em que foi levado em consideração pelos julgadores o fato de que o meio ambiente constitui nítido direito fundamental de toda uma coletividade e, no caso, não há como ter prevalência o interesse privado de construção de empreendimento hoteleiro em área de preservação permanente quando isto colocar em risco o bem-estar e a qualidade de vida de terceiros.

De forma diversa, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.217.234 - PB (2010/0181699-2)⁶⁵, o Superior Tribunal de Justiça reformou acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que reconheceu ser de competência privativa da Administração o embargo de obra irregular por violação a norma ambiental e a consequente imposição da penalidade de demolição, com observância ao devido procedimento administrativo, bem como entendeu existir interesse de agir quanto à imposição da obrigação de reparar possível

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 769.753-SC (2005/0112169-7). União, Ministério Público Federal e Mauro Antonio Molossi versus União, Ministério Público Federal e Mauro Antonio Molossi. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.217.234-PB (2010/0181699-2). Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis versus Município de Pitimbu e Maria Joserlane Dantas de Oliveira. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

dano ambiental, por ser restrita ao âmbito judicial, determinando que se desse o processamento e julgamento da ação nos termos expostos na petição inicial.

No caso supramencionado, a autarquia ambiental insurgiu-se contra a decisão proferida pelo TRF5 sob a afirmação de violação do texto dos artigos art. 535 do Código de Processo Civil; art. 150 do Código Penal e art. 72, VIII, da Lei nº 9.605/1998, e requereu que fosse reconhecido o interesse de agir do IBAMA para manejar a ação civil pública e para formular o pedido de demolição nela contido.

Em acórdão conduzido por voto proferido pelo ministro Ari Pargendler, o tribunal superior enfatizou que para o caso de demolição de uma casa habitada edificada em área vedada pela legislação ambiental incide o art. 112, § 3º, do Decreto nº 6.514/2008. Nessa senda, atos de polícia que ensejam essa hipótese de demolição não se revestem da autoexecutoriedade necessária para que sua execução se dê diretamente perante a Administração, sendo imperiosa sua apreciação prévia pelo Poder Judiciário.

Nesse ínterim, embora a questão posta em discussão não envolva diretamente a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito de propriedade, oportuno observar que a solução adotada para o caso nos remete à reflexão de que assegurar efetiva proteção do meio ambiente não significa – sempre – proteção máxima do ambiente, sobretudo, quando há colisão de interesses. Isso porque, ainda que a permanência da obra edificada configure iminente risco de agravamento do dano ambiental ou de graves riscos à saúde (interesse eminentemente coletivo), não será autorizada sua demolição sem o crivo do Judiciário, por se tratarem de edificações residenciais (interesse privado). Assim, embora não tenha sido o caso de efetiva aplicação da lei de colisão, não há como negar que a resolução da controvérsia envolveu sopesamento de valores e, diferentemente do caso mencionado alhures, nesta hipótese, um interesse privado prevaleceu em detrimento de um interesse eminentemente coletivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário de catástrofes que se visualiza no âmbito de uma civilização tecnológica deu uma nova feição à ação e à decisão humanas sobre a natureza. Sob tal perspectiva, o meio ambiente (como um todo) passou a ser objeto de responsabilidade humana, com a inserção de uma obrigação de proteção e promoção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a toda humanidade, como resposta aos novos riscos existenciais identificados no contexto mundial da crise ambiental.

Nesse sentido, as normas jurídicas não poderiam ficar alheias às mudanças ocasionadas pela crise ambiental e, para responder aos anseios da civilização tecnológica e dar soluções adequadas à problemática dos novos riscos existenciais, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro se consolidou o meio ambiente como um direito fundamental e inseriu-se na estrutura do direito de propriedade um componente ambiental que legitima o seu conteúdo, através do comando constitucional da função socioambiental da propriedade.

Por tal razão, quando se leva a cabo a tutela de interesses transindividuais, não há como fugir da consagrada teoria dos princípios e da técnica da ponderação, formuladas por Alexy. O que não deve ocorrer, entretanto, é vulgarizar o uso dos princípios e usá-los discricionariamente. As críticas de Neves e Streck são oportunas e relevantes, nesse sentido. Entretanto, quando interesses de toda uma coletividade estão em jogo, o sopesamento de valores se mostra de importância fundamental, na medida em que a cada novo caso, os julgadores deverão sim analisar as circunstâncias e os interesses envolvidos, atentos ao fato de que casos complexos exigem soluções complexas.

Com efeito, como foi possível observar a partir da análise de decisões envolvendo a colisão do direito ao meio ambiente *versus* o direito de propriedade, a teoria dos princípios, a técnica da ponderação e a argumentação jurídica desempenham papel primordial na possibilidade de concretização do projeto jurídico-político de defesa ambiental proposto na ordem constitucional brasileira (no modelo do Estado Socioambiental de Direito). Tal afirmação decorre da constatação de que nas decisões em matéria ambiental torna-se perceptível a formação de níveis de sensibilidade ecológica, uma vez que os tribunais têm se mostrado atentos ao fato de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado envolve outros valores existenciais. Por tal razão, assegurar efetiva proteção ambiental no caso de colisão de direitos fundamentais envolvendo, de um lado, o direito fundamental ao meio ambiente e, do outro, o direito de propriedade não significa, sempre, proteção máxima do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BORTOLINI, Rafaela Emília. **A inexistência de conflito entre o direito de propriedade e a proteção do ambiente**: uma aproximação da função socioambiental com os deveres fundamentais. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f9cafd014db7a61>>. Acesso em 31 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 769.753-SC** (2005/0112169-7). União, Ministério Público Federal e Mauro Antonio Molossi versus União, Ministério Público Federal e Mauro Antonio Molossi. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.217.234-PB** (2010/0181699-2). Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis versus Município de Pitimbu e Maria Joserlane Dantas de Oliveira. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

DERANI, Cristiane. **A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, jul-set 2002, v.27.

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.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p.73-75.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em 17 out. 2013.

_____. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

THEODORO, Marcelo Antônio. **A Constituição como um sistema de princípios e regras.**
Revista de Direito Constitucional e Internacional São Paulo: RT, dez 2008, v.65.