

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em
Direito Constitucional

Wildemar Felix Assunção e Silva

**A EFETIVIDADE DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS
REFERENTES À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL
DA PROPRIEDADE**

Brasília – DF
2010

Wildemar Félix Assunção e Silva

**A EFETIVIDADE DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS
REFERENTES À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL
DA PROPRIEDADE**

Monografia de conclusão de curso
apresentada como parte das exigências
para obtenção do título de pós-graduado
em Direito Constitucional pelo Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador (a): Prof. MsC. Marco Túlio
Magalhães

**Brasília – DF
2010**

Wildemar Félix Assunção e Silva

**A EFETIVIDADE DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS
REFERENTES À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL
DA PROPRIEDADE**

Monografia de conclusão de curso
apresentada como parte das exigências
para obtenção do título de pós-graduado
em Direito Constitucional pelo Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção_____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

A Deus, a minha esposa e ao meu filho Will Félix.

RESUMO

No Brasil da Constituição da República Federativa promulgada em 05 de outubro de 1988 restou evidente um novo consenso social em torno do direito de propriedade, sendo certo que o mesmo adquiriu uma nova dimensão, a propriedade é direito mas só é reconhecida como tal com o cumprimento da função socioambiental, entretanto, até o momento, com honrosas exceções, predomina o entendimento de que a direito de propriedade ainda é o mesmo da edição do antigo Código Civil Brasileiro de 1916.

O presente estudo trata, em última análise, de esclarecer os motivos pelos quais idéias tão caras à proteção ambiental ainda não tomaram conta do mundo jurídico. O segundo capítulo irá tratar da sistematização e constitucionalização do direito ambiental no Brasil, analisando a evolução da proteção jurídica do ambiente, bem como a sistematização do direito ambiental a partir do direito administrativo. Também irá discorrer sobre a constitucionalização da proteção ao ambiente – direito fundamental de terceira dimensão. O terceiro capítulo irá estudar a natureza das normas constitucionais ambientais, elencando as normas principiológicas constitucionais referentes à função socioambiental da propriedade bem como as formas de incidência das normas de princípio referentes à função socioambiental da propriedade. O quarto capítulo irá rever a classificação das normas constitucionais ambientais relativas à função socioambiental da propriedade quanto à eficácia e aplicabilidade, bem como quanto à densidade e grau de concreção. O quinto capítulo irá discorrer sobre a interpretação das normas constitucionais ambientais relativas à função socioambiental da propriedade e a freqüente colisão entre as normas principiológicas referentes ao direito de propriedade e ao direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O sexto e último capítulo irá analisar a vinculação do estado ao direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a vinculação do poder público enquanto implementador e fiscalizador da função socioambiental da propriedade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
SISTEMATIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL	3
2 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO AMBIENTE NO BRASIL	3
2.1 A sistematização do Direito Ambiental a partir do Direito Administrativo	5
2.2 A constitucionalização da proteção ao ambiente – direito fundamental de terceira dimensão.....	6
NATUREZA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS	10
3 NORMAS PRINCIPIOLÓGICAS CONSTITUCIONAIS REFERENTES À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE.	10
3.1 Formas de incidência das normas de princípio referentes à função socioambiental da propriedade	15
CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS RELATIVAS À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....	18
4 QUANTO À EFICÁCIA E APLICABILIDADE.....	18
4.1 Quanto à densidade e grau de concreção	21
A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS RELATIVAS À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....	23
5 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO ESPECÍFICA DO TEXTO CONSTITUCIONAL.....	23
5.1 Colisão entre as normas principiológicas referentes ao direito de propriedade e ao direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.	27
A VINCULAÇÃO DO ESTADO AO DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO.....	30
6. A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO ENQUANTO IMPLEMENTADOR E FISCALIZADOR DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE .	30
6.1.A vinculação do Poder Legislativo.....	30
6.2 A vinculação do Poder Executivo	35
6.3 A vinculação do Poder Judiciário.....	38
6.4 O Poder Judiciário como garantidor da concreta observância ao princípio da função sócio-ambiental da propriedade	40
6.4.1 O controle judicial dos atos do Poder Público em matéria ambiental .	40
6.4.2 A extensão do controle jurisdicional do ato administrativo.....	41
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente o ideário coletivo vai sendo tomado pela compreensão de que o destino do homem no mundo está intimamente ligado ao dos outros seres e depende de sua capacidade de extrair da natureza, com um mínimo de dano, o indispensável à sobrevivência digna da espécie. A idéia do passado de que o homem domina e submete a natureza à exploração ilimitada, perdeu seu fundamento.

O homem, mesmo que de forma lenta, compenetra-se de sua responsabilidade e passa a desenvolver mecanismos para a proteção da natureza, tendo como norte a necessidade de sobrevivência de seres das futuras gerações. Como pano de fundo da idéia de proteção ambiental está a compreensão de que sujeitos inexistentes têm direito à vida em um mundo que ofereça, no mínimo, tantas possibilidades quantas as existentes na atualidade, em termos de qualidade ambiental, ou seja, faz parte do novo paradigma ambiental, além do ideal de desenvolvimento sustentável, a questão da equidade intergeracional.

Da compreensão à concretização de um ideal ecológico de existência humana há um longo caminho a ser percorrido, a previsão abstrata de regras e a existência de sanções para casos de descumprimento, ao que parece, não têm bastado a uma efetiva implementação da proteção ambiental, muito particularmente quando se trata de incorporar à propriedade sua dimensão funcional, dita socioambiental.

Na mente do homem ainda persiste a idéia de propriedade da própria natureza e de que nos limites territoriais de seu domínio tudo é possível, até mesmo colocar a vida na terra em risco. Prevalece a idéia de que a propriedade é uma conquista individual, a recompensa por esforços bem sucedidos, com o que se ignora de forma solene que a propriedade existe em razão de um consenso social, existe por que o Estado dita sua extensão e fixa as condições de exercício do direito.

No Brasil da Constituição da República Federativa promulgada em 05 de outubro de 1988 restou evidente um novo consenso social em torno do direito de propriedade, sendo certo que o mesmo adquiriu uma nova dimensão, a propriedade é direito mas só é reconhecida como tal com o cumprimento da função

socioambiental, entretanto, até o momento, com honrosas exceções, predomina o entendimento de que o direito de propriedade ainda é o mesmo da edição do antigo Código Civil Brasileiro de 1916.

O presente estudo trata, em última análise, de esclarecer os motivos pelos quais idéias tão caras à proteção ambiental ainda não tomaram conta do mundo jurídico.

SISTEMATIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

2 Evolução da proteção jurídica do ambiente no Brasil

A história da humanidade não transcorre, nem pode ser apreciada, em um vácuo planetário e, em apartado da compreensão dos processos físicos, biológicos e químicos altamente complexos que a permeiam. A vida na Terra é a um só tempo, refém e beneficiária da manutenção desse cipoal de forças, que se encontram em delicado equilíbrio dinâmico.

Sem querer tocar a superfície dessas questões mais profundas que envolvem o relacionamento homem-natureza e, em prol da clareza didática, tem-se que a evolução legislativa-ambiental pátria pode ser analisada sob a luz de três fases ou valorações ético-jurídicas do ambiente.

Da época do descobrimento (1500) até aproximadamente o início da segunda metade do século XX, pouca atenção recebeu a proteção ambiental no Brasil, à exceção de umas poucas normas isoladas que visavam salvaguardar a saúde do grupo ou o exaurimento de alguns recursos naturais preciosos (pau-brasil, p. ex.). Esta fase é conhecida como *laissez-faire ambiental*, ou fase da exploração desregrada, onde o que tinha maior importância era a conquista de novas fronteiras, sendo que eventuais conflitos de cunho ambiental recebiam tratamento privatístico (direitos de vizinhança).

Nesta tônica, tem-se que na Constituição de 1824 a questão ambiental não foi abordada em nenhum momento. Na Constituição de 1891 introduziu-se indiretamente a questão ecológica, quando se atribuiu competência legislativa à União para legislar sobre suas minas e terras, sendo tal inserção de cunho eminentemente econômico. Na Carta posterior (1934) o leque de competência legislativa da União foi alargado, para inserir-se questões referentes à água, energia, hidroelétrica, floresta, caça, pesca, riquezas do subsolo e bens de domínio federal.

Há que se ressaltar que com a vigência do antigo Código Civil de 1916 algumas questões ambientais foram indiretamente tratadas nos dispositivos referente ao uso da propriedade.

Com o advento do Decreto-Lei nº .25, de 30 de novembro de 1937, passou-se a organizar e proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, abrangendo os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens dotados naturalmente ou artificialmente de feição notável. (§2º do art. 1º).

É desta época o Decreto-Lei 852/38, conhecido como o Código de Águas. Também o Código Penal de 1942 contemplou diretamente a proteção ambiental nos artigos 267, 268, 269 e 270.

Numa segunda etapa, preocupado com as diversas categorias de recursos naturais, o legislador impôs controles legais às atividades exploratórias que degradassem o ambiente. Esta fase, conhecida como fragmentária, é marcada pela tônica utilitarista (tutelava-se somente aquilo que tivesse valor econômico) e reducionista (fatiamento do ambiente). É dessa época o Estatuto da Terra (4.504/64), o Código Florestal (Lei no. 4.771/65), os Códigos de Caça (Lei no. 5.197/67), Pesca (Decreto- Lei no.221/67) e de Mineração (Decreto-Lei no. 227/67), entre outros diplomas legais.

A Carta Constitucional de 1967 tratou o Direito Ambiental nos mesmos termos dos diplomas constitucionais anteriores, sendo que a emenda nº 01, de 17 de outubro de 1969 também não inovou em relação ao tema.

A terceira e atual fase, conhecida como holística, teve seu início com o advento da Lei 6.902/81 (estações ecológicas) e da Lei nº . 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), onde o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, ou seja, como um sistema ecológico integrado. A regulação legal do ambiente passou a ter cunho interdisciplinar (esfera administrativa, civil e penal) e global, como indicam a Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (Lei no. 9.605/98) e a Lei que criou e regulamentou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei. no. 9.985/2000).

Merece destaque ainda nesta fase, o tratamento especial que teve o meio ambiente na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, jamais visto em outra Carta Política brasileira e que elevou o ambiente, a direito fundamental de toda a coletividade, bem de uso comum do povo e impôs ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Nesta perspectiva protecionista do ambiente foi que passou a vigor a Lei nº. 9.605/98, que dispôs sobre os crimes contra o meio ambiente de forma inovadora e

mais gravosa ao mesmo tempo que colocou o aparelho repressor estatal a serviço do equilíbrio da natureza e em prol das gerações futuras, herdeiras necessárias dos ecossistemas planetários.

Por derradeiro, questões ligadas ao princípio da função socioambiental da propriedade também foram disciplinadas com a Lei que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº . 9.985/2000), instrumento legal que passou a regular a criação de unidades de conservação ambiental e a respectiva possibilidade de indenização em decorrência da intervenção estatal, situações que sempre geraram controvérsias no cenário jurídico pátrio.

2.1 A sistematização do Direito Ambiental a partir do Direito Administrativo

Como é cediço na doutrina ambientalista brasileira, a tutela ambiental encontra-se longe de exaurir-se nos horizontes do Direito Ambiental, haja vista ser essa temática extremamente complexa, que envolve conhecimentos multidisciplinares.

Em razão da impossibilidade do trato particular de tais questões, tem-se que ao Estado foi conferido o gerenciamento (proteção e preservação) do ambiente, gerando reflexos no Direito Constitucional, num plano mais amplo, bem como no Direito Administrativo, num plano mais específico, sendo que, mais recentemente, no Direito Sanitário e do Consumidor, não olvidando as imbricações com o Direito Civil (direitos de vizinhança) e com o Direito Penal (Lei da Natureza – crimes ambientais).

Não obstante esta transdisciplinariedade¹ e o amadurecimento da disciplina enquanto ramo do Direito, tem-se que o Direito Administrativo ainda fornece a estrutura protetiva do ambiente, bem como, empresta sentido aos seus princípios.

Desta forma, não há como se referir à tutela ambiental sem considerar determinados conceitos tradicionalmente administrativistas, como por exemplo, o de função administrativa, de onde extrai-se o conceito de função ambiental; o de ato administrativo, partindo daí o conceito de ato administrativo ambiental; o de

¹ BENJAMIN, Antonio Herman. *Função Ambiental in Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*, p. 13/14. São Paulo

discricionariedade administrativa, procedimento administrativo, sanção administrativa, entre tantos outros, todos transportados para o Direito Ambiental.

Em que pese o vínculo placentário existente entre o Direito Ambiental e o Direito Administrativo, cumpre notar que os institutos hauridos deste último quando utilizados pelo primeiro sofrem uma mutação ou em outras palavras, uma adaptação de sentido e função, mantendo a essência. Tais transmutações ocorrem em razão da natureza diversa dos objetos tutelados pelos referidos ramos do Direito, como também, pela realidade e necessidades discrepantes de ambos os universos.

2.2 A constitucionalização da proteção ao ambiente – direito fundamental de terceira dimensão

Seguindo a tônica constitucionalista adotada por vários países da Europa da América Latina, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988 reservou um artigo – art. 225 - para tratar da preservação do meio ambiente entre outros tantos dispositivos relacionados com a matéria (art. 5º, LXXIII, art. 23, Inc. VI e VII, art. 24, Inc. VI e VIII, art. 129, Inc. III, art. 186, art. 216, entre outros).

O direito fundamental (e coletivo) a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (bem de uso comum do povo) é tido pelos teóricos como de terceira dimensão, também denominado direito de solidariedade ou fraternidade, cuja titularidade, a priori, é outorgada à coletividade (direito difuso), não obstante sua inequívoca faceta individual.

O termo “dimensão” tem tido maior aceitação entre os modernos teóricos dos direitos fundamentais do que a palavra “geração”, em razão de indicar que os direitos gestados numa geração ganham outra dimensão com o surgimento de uma geração posterior, a qual passa a ser pressuposto de entendimento e realização dos direitos surgidos na anterior².

Exemplo clássico do acima dito dá-se com relação ao direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social e, com o

² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. Dos Direitos humanos aos direitos fundamentais*, p. 13. São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999.

surgimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

Tecidos tais comentários, tem-se que a norma básica, de caráter fundamental para o direito ambiental, está posta no caput do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988::

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à 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.

Referido dispositivo, denota uma visão antropocêntrica (alargada)³ de proteção ao meio ambiente, posto que acentua o papel do homem (Estado e coletividade) como responsável pela natureza, independentemente de sua utilidade direta e imediata (benefício econômico atual – visão antropocêntrica radical), porém, com vistas à manutenção de sua capacidade funcional em prol das gerações futuras, a partir do momento que fomenta a ação humana em busca da recuperação de seu equilíbrio.

No corpo da Constituição encontram-se outras disposições atreladas ao meio ambiente, relacionadas às competências constitucionais dos entes da federação (legislativas e de implementação – art. 23, incs. VI e VII, art. 24, incs. VI e VIII e art. 30, incs. I e II), referente ao regime jurídico constitucional do dano ambiental (responsabilidade civil pelo dano ambiental – art. 225, parágrafos 2º e 3º), relativas aos instrumentos jurídicos de proteção do meio ambiente, atinentes aos direitos e deveres constitucionais ambientais explícitos e implícitos, os primeiros, relacionados no art. 225 da Carta Magna e os demais, pinçados no texto constitucional e, embora não cuidem diretamente da proteção ambiental, acessoriamente ou por interpretação teleológica terminam por assegurar valores ambientais, como por exemplo, direito de propriedade, direito ao exercício da ação popular e ação civil pública, direito à vida, direito à saúde, entre outros.

Importante constatar que o legislador constituinte ao mesmo tempo que assegurou o direito de propriedade (direito fundamental de 1ª dimensão) no art. 5º, Inc. XXII, no inciso seguinte, XXIII, atrelou sua validade ao cumprimento de sua

³ MORATO LEITE, José Rubens e AYALA, Patryck de Araújo. *A Transdisciplinariedade do Direito Ambiental e a sua equidade intergeracional*. *Revista de Direito Ambiental*, nº. 22, ano 6, p. 66/69. São Paulo, 2001.

função social, da qual deflui, nos termos do art. 186, II, a proteção e preservação do meio ambiente (função socioambiental da propriedade).

É de se notar, ainda, que a fragmentação da competência legislativa em matéria ambiental na Carta Constitucional de 1988 abre espaço à incidência de três legislações diferentes sobre o mesmo assunto (federal, estadual e municipal) quando se trata de competência concorrente entre os entes da federação, o que via de regra acarreta dificuldades na interpretação e aplicação de referidas normas e, conseqüentemente, traz prejuízos no que se refere a efetividade da tutela do ambiente.

O cidadão, diante de tão vasta e esparsa legislação, desconhece a forma pela qual tem que se conduzir diante das questões ambientais e, quando tenta assimilar o conteúdo de referidas normas, confunde-se diante das mesmas, assim como, parte dos operadores do Direito, que diante de normas ambientais que tratam do mesmo assunto, mas de forma diferente, sentem dificuldades no momento de interpretá-las e aplicá-las.

Houve época em que defendeu-se a codificação das leis ambientais, com o escopo de unir em um único texto todas as leis existentes sobre o tema, como forma de tornar mais compreensível e acessível a comunicação da legislação ambiental⁴ e, principalmente, tornar efetivos referidos comandos normativos.

De qualquer sorte, a questão da codificação pode parecer, num primeiro momento, uma das soluções mais fáceis para enfrentar o problema da efetividade das normas ambientais, contudo, tal estratégia metodológica está em contraponto com os ideais do constitucionalismo moderno e com a tendência da legislação em geral, em trabalhar com enunciados normativos principiológicos, com maior poder de cobertura dos fatos da vida, já que é impossível regrar todas as condutas dos homens e todas as possibilidades de ataque ao bem jurídico tutelado.

Neste diapasão, se faz mister a “desformalização” das normas e a diminuição da produção legiferante, muitas vezes casuística e desconectada da realidade social, como forma de remeter os operadores do Direito a uma ordem jurídica de

⁴ OLIVEIRA, Sullivan Silvestre. *A necessidade de codificação das leis ambientais no Brasil como forma de garantir a eficaz proteção ambiental do cidadão*. p. 87/90. São Paulo, Revista de Direito Ambiental n.7, ano 2, julho/setembro de 1997.

valores⁵ que não necessita ser codificada para ter vigência e eficácia no mundo dos fatos.

É de se notar, ainda, que o apego exagerado ao normativismo do tipo positivista dificulta a concretização das normas ambientais, que como será abordado no capítulo seguinte, são de natureza principiológica, ou seja, suas pautas são abertas e lingüisticamente formadas por conceitos vagos, voláteis e de alta conformação valorativa, circunstâncias que estão a exigir do exegeta uma postura axiológica diante da norma em detrimento dos purismos formais-metodológicos de outrora.

⁵ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 77. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2002.

NATUREZA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS

3 Normas principiológicas constitucionais referentes à função socioambiental da propriedade.

As constituições nascem com a pretensão de permanência. Exatamente por essa razão, elas devem ser dotadas de válvulas que permitam a atualização de seus ditames em face das contínuas alterações sociais, ou seja, sistemas de calibração da norma.

Uma destas válvulas consiste, precisamente, no caráter principiológico que reveste muitas das normas constitucionais. Como já mencionado, os princípios, pela plasticidade que lhes é característica, têm como acomodar, com maior facilidade, alterações no seu sentido, o que não é possível em relação às regras.

As Cartas Constitucionais surgidas sob a égide do Estado do Bem-Estar Social, ditas dirigentes (Canotilho) ao ocuparem-se de uma infinidade de questões que anteriormente não eram objeto de tutela constitucional, não tiveram como descer ao nível de detalhamento necessário à regulamentação imediata de todos os campos aos quais se dedicaram, em razão disso, lançaram mão de princípios setoriais com o escopo de estabelecerem valores e objetivos centrais, os quais, posteriormente, serão objetos de concretização legislativa.

Desta forma, fica evidente a razão pela qual a Constituição torna-se hospedeira de tantos princípios. Consoante lição de Joaquín Arce y Flórez-Valdez⁶, hoje o *habitat* natural dos princípios gerais de direito não é mais o código – expressão de uma fase do Direito que se findou – mas a própria Constituição, que sintetiza os valores mais relevantes da ordem jurídica.

Por este prisma, o caráter principiológico da Lei Fundamental representa um autêntico convite ao intérprete para que proceda uma leitura mais valorativa do que formal da Constituição (desformalização interpretativa da Constituição⁷).

⁶ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, p. 93/97. Madri, Cuadernos Cvitas, 1990.

⁷ FERNANDES, Iara de Toledo. A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. São Paulo, Anais do XVI Congresso Nacional dos Procurados do Estado, 1998.

Cumprir frisar que a presença tanto de regras como de princípios é fundamental à vitalidade da Constituição, posto que, a adoção de um sistema constitucional que se alicerçasse exclusivamente sobre princípios, carregaria ao ordenamento uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluído e menos previsível do que as regras.

Doutra banda, a instituição de um modelo que fundasse unicamente sobre regras, não daria conta da crescente complexidade e mudanças das situações que a Constituição propõe-se a tutelar, visto que engessaria o intérprete e o legislador infraconstitucional, subtraindo-lhes a maleabilidade necessária à acomodação dos conflitos que naturalmente se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses constitucionais concorrentes.

Na perspectiva ambientalista tem-se que, parafraseando Álvaro Luis Valery Mirra⁸, as normas-princípio exercem importante função no estudo, compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas ambientais, a partir do momento que auxiliam no entendimento e na identificação da unidade e coerência das mesmas em relação ao sistema jurídico ambiental de que fazem parte.

A Carta Constitucional vigente, no que tange à proteção e preservação do meio ambiente, traz inúmeras normas de caráter principiológico, como por exemplo, o art. 225, quando dispõe que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo, cabendo ao poder público e à coletividade defendê-lo e preservá-lo.

O legislador constituinte ao colocar a proteção e defesa do meio ambiente sob responsabilidade do poder público e da coletividade deixou de determinar os limites positivos e negativos de tais ações, bem como, não esclareceu o que seja meio ambiente ecologicamente equilibrado, para os fins legais.

Não obstante referido grau de indeterminabilidade, há a aludida norma principiológica tem servido de fundamento para diversos julgados que envolvem questões ambientais. A título de ilustração Merece destaque decisão do TJSP⁹ que confirmou sentença de 1º Grau, de lavra do MM. Juiz de Direito da Comarca de Sertãozinho, envolvendo questão ambiental e interesse particular, sendo certo que,

⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*, p. 50/66. São Paulo, Revista de Direito Ambiental, Ano 1, abril-junho de 1996.

⁹ DES. CAMBREA FILHO. Apelação Cível nº 211.502-1/9, da Comarca de Sertãozinho, julgada em 08.03.1995, por votação unânime.

o eminente desembargador relator fundamentou seu parecer no art. 225, *caput*, C.F., nos seguintes termos:

“Ementa. Apelação Cível. Meio ambiente. Alegação de que o Poder Público limitou direito de propriedade, limpeza e conservação de um loteamento. Inocorrência. Hipótese em que a autora desmatou vegetação capoeira, sem autorização ambiental. Poder de polícia. Limitação administrativa visando o interesse social. Função social da propriedade. Art. 225 da Constituição da República. Recurso não provido”.

Outra norma de caráter principiológico encontra-se insculpida no art. 227, *caput*, da C.F., redigido a partir do item 17 da Declaração de Estocolmo que encontra sua razão de ser na natureza indisponível do meio ambiente.

De acordo com referida norma, cabe obrigatoriamente ao Poder Público, no âmbito administrativo, legislativo e judiciário, atuar efetivamente na preservação e conservação dos recursos naturais, adotando políticas públicas que atinjam os fins propostos no texto constitucional.

Embora compulsória, a intervenção estatal para fins de proteção ambiental não é exclusiva, cabendo a participação direta da sociedade na gestão da qualidade ambiental. De qualquer modo, há necessidade de atividade legiferante para que se concretize o fim visado pelo legislador, principalmente no tocante à implementação de políticas públicas de proteção e preservação do ambiente.

Dentro desta mesma característica normativa há os comandos constantes no art. 1º, § único, art. 225 da C.F. que autorizam a participação popular na proteção do meio ambiente, impondo um dever à sociedade de atuar nesse sentido (art. 225, *caput*).

Referida atuação comunitária pode se dar pela participação nos processos de criação das leis ambientais (iniciativa legislativa e referendos sobre leis e atuação em órgãos colegiados dotados de poderes normativos); pela participação na formulação e na execução de políticas ambientais e através da prestação jurisdicional obtida em sede de ação civil pública.

Para que possa participar, a sociedade necessita estar educada e informada sobre as questões que envolvem o meio ambiente, cabendo ao Poder Público, de acordo com o art. 225, § 1º, inc. IV da C.F., adotar métodos de conscientização e estímulo à participação popular em tais eventos.

Novamente deixou-se em aberto a questão de quais seriam os métodos de conscientização e estímulo aptos a tornar a sociedade mais participativa e atuante no processo de efetiva proteção do meio ambiente.

Outra pauta ambiental de textura aberta é a que diz respeito à garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentável, a partir de um projeto de proteção ao meio ambiente harmonizado com as finalidades precípua da ordem econômica e social, ou seja, as políticas de proteção ambiental devem ser desenvolvidas levando em conta as implicações econômicas e sociais que certamente vão gerar.

Surge assim, a necessidade de conciliar a preservação do meio ambiente com o direito à propriedade, com a exploração de recursos naturais, com o exercício de atividades produtivas, entre outras imbricações, sendo reservado ao legislador ordinário e também aos outros atores políticos institucionalmente legitimados conformar e funcionalizar respectiva interdependência.

Prosseguindo, há que se ressaltar a natureza principiológica da norma insculpida no art. 225, § 1º, inc. III da C.F., que dispõe que a avaliação prévia dos impactos ambientais que é efetuada por meio de Estudo de Impacto Ambiental, instrumento essencial e obrigatório, para toda e qualquer atividade suscetível de causar significativa degradação do meio ambiente.

Além do caráter preventivo do instituto, tem-se que referidas avaliações revestem-se de mecanismo de planejamento, a partir do momento que obrigam a realização de estudos que levam em consideração o meio ambiente e a inserção de atividades de risco em seu bojo.

Tendo em vista a impossibilidade do legislador constituinte em prever e detalhar quais seriam as atividades que ao serem implementadas gerariam significativa degradação do meio ambiente, optou-se pela utilização de signos lingüísticos vagos, passíveis de serem formatados de acordo com a situação apresentada.

Até o momento pode-se inferir que as normas acima analisadas atuam direta ou indiretamente sobre a questão central do presente trabalho, relativa à função socioambiental da propriedade, cujo fundamento é retirado dos arts. 5º, inc. XXIII, 170, inc. III e 186, inc. II da mencionada Carta Constitucional.

Em que pese constar do texto constitucional a forma pela qual o exercício do direito de propriedade torna-se compatível com a tutela do ambiente (função social

da propriedade), deixou-se para os exegetas e legisladores ordinários a tarefa de contextualizar referido condicionamento, já prevendo a enorme dificuldade de limitar-se um direito fundamental de 1ª dimensão até pouco tempo tido como absoluto e intangível.

A partir de um exame conjunto de referidas normas principiológicas, tem-se como possível a imposição de comportamentos negativos (limites – obrigações de não fazer) e positivos (obrigações de fazer) ao proprietário no exercício de seu direito, a fim de adequar a sua propriedade à preservação do meio ambiente, sob pena de seu direito torna-se ilegítimo.

Embora ainda falte uma ampla intermediação legislativa, bem como, uma interpretação mais atualizada e menos formalista das referidas normas, é de se constatar que a utilização dos mesmos fundamentos norteadores de decisões judiciais que envolvem questões de direito de propriedade e meio ambiente, ressaltando-se que a Corte Constitucional Pátria tem adotado este princípio mormente no que se refere à proteção dos recursos naturais como pressuposto para o reconhecimento do cumprimento da função social pela propriedade. Impende transcrever, nesta seara, parte do acórdão do STF¹⁰ que versa sob a questão enfocada:

Os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem a consagração constitucional, em nosso sistema de direito de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (...) O dever que constitucionalmente incumbe ao Poder Público de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental não o impede, contudo, quando necessária a intervenção estatal na esfera privada, de promover, na forma do ordenamento positivo, a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade rural consoante expressamente proclamado pela Lei n. 8.629/93 (art.9º, II, e seu § 3º) e enfatizado pelo art. 186, II, da própria Carta Política – consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente, sob pena de, em descumprimento esses encargos, sofrer a desapropriação-sanção a que se refere o art.184 da Lei Fundamental.

¹⁰ TP, MS 22.164-0-SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.11.95, JSTF 208/251.

Tecidas tais considerações, é de concluir que o direito de propriedade na atual ordem constitucional tem um conteúdo social que se expressa, em linguagem jurídica, pela fórmula da função socioambiental do domínio e da posse exercidas em seus limites, fulcrada sob a incontrastável convicção de que a propriedade, mesmo quando particular, deve operar, sem exceção, em favor do interesse coletivo, mormente no que se refere ao dever de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

3.1 Formas de incidência das normas de princípio referentes à função socioambiental da propriedade

Com base na lição de José Diniz de Moraes¹¹ a cerca das formas de incidência do princípio da função social sobre o direito de propriedade, acrescentando-se a perspectiva ambientalista sobre o tema, tem-se que o referido princípio pode assumir feições diferentes dentro do ordenamento jurídico.

A princípio, como normas redutoras de determinadas faculdades inerentes ao direito de propriedade, como ocorre no caso de propriedades compreendidas em áreas de preservação ambiental ou aquelas que foram objeto de tombamento.

Neste particular aspecto, no que tange às áreas de preservação permanente, não há necessidade de desapropriação da área afetada, visto não estar inviabilizado totalmente o exercício do direito de propriedade, apenas limita-se alguns direitos, como por exemplo, a vedação de corte raso em reservas florestais legais.

Tais comandos normativos podem assumir ainda caráter condicionador do exercício do direito de propriedade, impondo ao titular de referido direito a obrigação de exercer seus poderes atendendo às condições previstas na Lei maior, ou seja, àquelas dispostas no art. 186 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dentre elas, a que diz respeito à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (art. 186, II), sob pena de perda do bem sem qualquer indenização.

¹¹ MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*, p. 134. São Paulo, Dialética, 1999.

Este é um dos mais importantes critérios de efetivação do princípio da função social da propriedade, impondo ao seu titular a obrigação de exercitar seu direito em benefício da coletividade e não, apenas, de não exercer em prejuízo de outrem.

Com fulcro nesta forma de incidência tem-se julgados que obrigam o proprietário rural à recomposição da área de reserva legal desmatada, independentemente de ter sido ele o causador do dano, bem como, à averbação de referida área junto ao registro imobiliário¹², consoante disposto no seguinte trecho de sentença:

No mérito, vê-se que existe a obrigação de manter a reserva legal, como também delimitar-se a chamada mata ciliar numa extensão e amplitude proporcional aos cursos da água que passam pela propriedade (...)

Referidas normas funcionam também como princípio norteador da atividade hermenêutica, prevalecendo não só quando está *sub judice* o cumprimento ou não da dita função social da propriedade, mas, principalmente, quando estiver em jogo o interesse social (coletivo) envolvendo o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É de se destacar nessa seara funcional célebre acórdão do Superior Tribunal de Justiça de lavra do Ministro Hélio Mosimann, reconhecendo a sujeição do direito de propriedade ao cumprimento da sua função social, aí embutida a preservação dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente¹³, bem como o entendimento do Superior Tribunal Federal adotado no acórdão (transcrito no tópico anterior) proveniente do Mandado de Segurança 22.164-0-SP, cujo relator. Min. Celso de Mello, utilizou-se das normas principiológicas insculpidas nos artigos 5º Incs. XXII e XXIII e 186, II da CF88 para fundamentar sua decisão¹⁴.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que as normas principiológicas em estudo assumem ainda caráter integrador quando utilizadas para o suprimento de lacunas, em razão de deficiência legiferante total ou parcial além de possuírem uma função diretiva ao imporem não só o dever de se legislar a fim de tornar eficaz o conteúdo semântico de alguns de seus comandos, como também, o dever de atuar concretamente para que tais pautas sejam aplicadas e obedecidas.

¹² Revista de Direito Ambiental. 01/261, São Paulo, RT.

¹³ Mandado de Segurança 2.046/DF – decisão proferida em 18.05.1993.

¹⁴ MS 22.164-0-SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.11.95, JSTF 208/251

Conforme será explicado no próximo capítulo, para que as normas ambientais possam incidir no mundo dos fatos, necessitam ser dotadas de eficácia e aplicabilidade diante da questão a ser regulada, dependendo para tanto da forma pela qual seus conteúdos são preenchidos e pelo grau de concretude que seus comandos aspiram.

CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS RELATIVAS À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

4 Quanto à eficácia e aplicabilidade

Muitos são os enfoques e abordagens pelas quais pode-se apreciar a questão da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais relacionadas ao meio ambiente.

Antes porém, convém frisar que a teorização acerca da aplicabilidade das normas constitucionais (prescrições mandatórias e diretórias), bem como, a classificação das mesmas em auto-executáveis (*self-executing*), auto-aplicáveis (*self-enforcing*) ou bastantes em si (*self-acting*) e em não auto-executáveis, não auto-aplicáveis ou não bastantes em si é de origem americana¹⁵ encabeçada por Cooley e acolhida no Brasil por Ruy Barbosa.

Tal posição foi contrariada por José Afonso da Silva em monografia que se tornou célebre, onde defendeu uma classificação tripartite da norma no que tange a sua eficácia e aplicabilidade: normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada, sendo as duas primeiras auto-aplicáveis (as de eficácia contida tanto quanto possam) e as últimas não.

Não obstante as divergências existentes entre os doutrinadores, para os fins do presente trabalho adotar-se-á o entendimento esposado por José Afonso da Silva¹⁶, segundo o qual, quanto à eficácia (jurídica) e aplicabilidade, as normas constitucionais podem ser classificadas em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, sujeitas porém a restrição, e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, estas últimas repartidas em dois grupos ou categorias: as definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático.

Outrossim, no que se refere à eficácia e aplicabilidade das normas principiológicas tidas como programáticas adotar-se-á o entendimento discrepante ao do referido constitucionalista, no sentido de que referidas pautas são de cunho

¹⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação Constitucional Operativa*, p. 31. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2001.

¹⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 253/254. São Paulo, Malheiros, 1997.

preceptivo, podendo ser invocadas a qualquer tempo independentemente de lei que lhes indique o conteúdo, de forma a criar direitos subjetivos individuais positivos e negativos em relação às mesmas.¹⁷

Neste diapasão, de acordo com o que dispõe o art. 5º, § 1º da CF88, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Embora fora do art. 5º da C.F., já se discorreu sobre o fato de que o direito conferido no art. 225 do referido diploma legal é tido como fundamental, posto sua importância para a existência digna e sadia de todo e qualquer indivíduo, sendo-lhe aplicável a norma insculpida no art. 5º, § 1º, acima transcrita.

Outrossim é de fácil constatação que referido preceito constitucional (art. 5º, §1º da C.F) vem sendo mal compreendido, quando não ignorado pelos operadores do Direito¹⁸ o que acarreta prejuízos inomináveis na efetivação dos direitos fundamentais.

Entre aqueles que admitem (limitadamente) a eficácia de referido dispositivo constitucional, destaca-se o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹, para quem a interpretação do artigo em destaque não pode ser levada a uma posição extrema (negando eficácia total ou conferindo eficácia ilimitada), tendo em vista, mormente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, os naturais limites impostos pelo princípio da “reserva do possível”, pela impossibilidade do Poder Judiciário implementar (ou determinar a implementação) programas socioeconômicos, bem como, na colisão entre direitos fundamentais.

Há que se ressaltar que a questão referente ao princípio da “reserva do possível” deve ser analisada com reservas, haja vista que tal construção teórica foi importada do direito germânico para o pátrio, através das lições de Canotilho, sem os ajustes (sociais, econômicos e culturais) necessários.²⁰

No Brasil mencionado argumento tem sido largamente utilizado como forma de não cumprimento dos preceitos constitucionais referentes aos direitos

¹⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 38/40. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2002.

¹⁸ MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, p. 66. São Paulo, Max Limonad, 2001.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 245/246. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2001.

²⁰ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 51/52. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2002.

fundamentais prestacionais, o que condiciona a efetivação dos mesmos à existência de recursos econômicos dotados para tal fim.

Interpretação mais restritiva é a proposta por João Gebran Neto²¹ ao mencionado dispositivo constitucional (art. 5º, § 1º), no sentido de que em razão da sua localização topográfica, o mesmo só seria aplicável aos direitos fundamentais consagrados no art. 5º da C.F.

Não obstante as controvérsias doutrinárias, há que se destacar que as noções de aplicabilidade e eficácia (jurídica e não social) podem ser consideradas as duas faces da norma, na medida em que esta somente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade.

Há que se considerar, ainda, que sob o ponto de vista pragmático não há norma constitucional sem eficácia²², ante a possibilidade da norma, por menor que seja sua carga de eficácia, gerar os efeitos que dela se espera.

Em última hipótese, só pelo fato da norma fazer parte do *corpus* constitucional já obriga que toda a legislação infraconstitucional seja com ela compatível, sob pena de ser considerada inconstitucional, o que não deixa de ser uma espécie de eficácia.

O artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com referência à sua auto-aplicabilidade, não é homogêneo. Contém disposições que apresentam eficácia plena, enquanto outras são estruturadas com núcleos eficazes, mas que flutuam em comandos de eficácia limitada. Finalmente, uma terceira categoria, há dispositivos de textura aberta, à espera de complementação legal ou regulamentar, que lhes dará força executória.

É de se notar ainda que a utilização indiscriminada da expressão “na forma da lei” indica, no mais das vezes, que acertos anteriores já delimitaram o campo do legislador ordinário, do administrador público e do membro do Poder Judiciário quanto à questão tão evasivamente tratada no texto constitucional.

Assim sendo, não obstante a estrutura heterogênea das normas constitucionais ambientais em estudo, não se pode considerá-las apenas diretivas (aqui no sentido utilizado por Caetano Azzarati²³) estabelecidas ao legislador futuro,

²¹ MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, p. 72. São Paulo, Max Limonad, 2001.

²² FERRAZ, Júnior, SAMPAIO, Tércio e outros. *Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia – Supremacia*, p. 74. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 92. São Paulo, Saraiva, 2001.

cabendo aos operadores do Direito, atentos que estão à configuração interna das normas supra mencionadas, discernirem o que é conteúdo exortativo e o que é passível de aplicação direta.

4.1 Quanto à densidade e grau de concreção

Como visto, inexistente norma constitucional destituída de eficácia, tendo em vista que todo dispositivo incerto no corpo constitucional possui uma normatividade mínima.

Dentro desta perspectiva, tem-se que o conteúdo do dispositivo (densidade da norma) é de suma importância para a determinação da normatividade do comando, posto que, a densidade da norma constitucional está diretamente ligada a capacidade da mesma produzir efeitos e sua condição de aplicação.

Conforme ensina Gomes Canotilho²⁴, “(...) densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”.

Afirma ainda o referido constitucionalista lusitano que “Existem certas normas cuja densidade pressupõe um menor espaço de ‘discricionariedade’ ou de ‘liberdade de conformação’ que outras”²⁵, indicando uma tendência de abertura (vertical) da norma constitucional à mediação legislativa concretizadora.

As normas constitucionais quanto ao conteúdo semântico-realizador podem ser classificadas em norma de alta densidade normativa: são aquelas dotadas de suficiente normatividade, e que se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador doutrinário, gerar os seus efeitos essenciais e norma de baixa densidade normativa: são aquelas que não possuem normatividade suficiente para, de forma direta e sem a interferência legislativa, gerarem seus efeitos principais.

À luz do acima referido tem-se que o artigo 225 da Carta Constitucional Brasileira altera incisos e parágrafos com baixa densidade normativa e outros com

²⁴CANOTILHO, J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 202/203. Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

²⁵CANOTILHO, J. Gomes. *Direito Constitucional* p. 188/189. Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

densidade menos reduzida. Dentro desta perspectiva, é de se notar que, por exemplo, o *caput* do citado artigo, mais os incisos I, III (primeira parte) IV, V, VI e VII possuem densidade mandamental baixa.

Tal redução de densidade, como já referido no capítulo 3, ocorre em razão da opção do legislador constituinte em utilizar termos vagos, como por exemplo, “atividade potencialmente causadora de significativa degradação”, bem como, de deixar as condições de realizabilidade de referidas normas para um plano posterior, como se observa, por exemplo, na questão da educação ambiental.

Outrossim, é de se reconhecer que nem sempre a finalidade buscada pelo legislador constituinte é apreendida com exatidão pelo legislador ordinário que, não raras vezes, dá contornos diferentes à norma constitucional, complementando-a ou regulamentando-o de modo diferente do inicialmente idealizado, tendo em vista a pré-compreensão que tem acerca dos fatos normatizados.

Assim, não se pode olvidar que a questão da eficácia normativa passa pela íntima conexão existente entre o sistema e a ideologia daqueles que o operam, fazendo surgir a figura da lacuna axiológica quando ocorre a inadequação do texto da norma com o seu valor objetivo, núcleo da problemática epistemológica em relevo.

Por outro prisma, esse vazio da norma pode ser superado adequadamente utilizando-se recursos existentes fora do texto da mesma²⁶ e, como será demonstrado no capítulo que segue, através de uma atividade hermenêutica concretizadora, executável a partir de uma interpretação material-valorativa do direito²⁷.

Dentro desta perspectiva é vital que o poder público em todas suas esferas e os operados do Direito estejam comprometidos com o desenvolvimento e a efetivação das normas constitucionais atinentes à proteção e preservação ambiental, independentemente da questão das mesmas possuírem textura aberta e até mesmo, a despeito do princípio da “reserva do possível”.

²⁶ MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, p. 89. São Paulo, Max Limonad, 2001.

²⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 77. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2002.

A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS RELATIVAS À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

5 Princípios de interpretação específica do texto constitucional

Já não divergem os modernos doutrinadores sobre a necessidade de adoção de métodos específicos para uma interpretação constitucional, concordes que estão quanto ao fato de que a profunda relação entre o direito constitucional e a política, bem como, o alto grau de abstração da maioria das normas constitucionais impõe ao intérprete a utilização de instrumental adequado, apto a conduzi-lo a conclusões que não possam ser tidas como superinterpretação, interpretação paranóica ou reducionista.

A interpretação constitucional é em essência uma atividade de reconstrução do conteúdo da norma a partir de uma análise pluralística de todo o sistema em cotejo com as situações da vida e não um fenômeno monolítico, singular²⁸.

Assim sendo, exige-se que o intérprete tenha em conta o sistema jurídico, os fatos, a ideologia do texto legal e a sua própria; que considere os postulados da filosofia, sociologia, psicologia e a tradição histórica, de sorte que a real dimensão das opções do constituinte não lhe escapem e, ao mesmo tempo, os riscos que tais opções possam representar para as gerações futuras não sejam ignorados, com atenção para o fato de que Constituição é síntese do pensamento político de uma determinada sociedade, que se destina a organizá-la e está voltada, em maior ou menor grau, à perpetuação das situações fáticas que lhe permitiram o surgimento.

O intérprete da norma constitucional, em particular quando trabalha com as normas de princípios, não deve ignorar que é a dialética (no sentido hegeliano) entre o legislativo e o poder judiciário, entre a doutrina e a autoridade, entre o poder e a opinião pública, que faz a vida do direito e lhe permite conciliar a estabilidade e a mudança²⁹.

Obviamente, nem todas as normas constitucionais sujeitam-se a leituras idênticas, algumas, com alto grau de concreção, nas quais conduta exigida e sanção

²⁸BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p.04. Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

²⁹PERELMAN, Chäim.. *Ética e Direito*, p. 631.São Paulo, Marins Fontes, 2000.

correspondente se apresentam mais ou menos evidentes, pedem apenas a delimitação do fazer ou não fazer imposto pela norma.

Doutra banda, outras, por demais abstratas, convidam o intérprete ao uso exaustivo de métodos próprios da interpretação constitucional e não afastam, em última instância, a possibilidade de uma interpretação na qual prepondere as conveniências da oportunidade, a ideologia do intérprete ou do grupo em que encontra-se inserido, o que, em maior ou menor grau, sempre ocorre com as decisões das Cortes Constitucionais.

Se a escolha de um método justo em termos de interpretação constitucional configura tarefa difícil de ser empreendida, fácil é concluir, todavia, serem os métodos clássicos de interpretação formulados por Ihering e Savigny no século XIX, insuficiente para abranger a complexidade da norma constitucional que, além de sua dimensão jurídica, traduz um plexo de fatores políticos a tornar inapto o método jurídico tradicional para solver as graves questões interpretativas relacionadas à Constituição.

A natureza diferenciada de princípios e regras constitucionais suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada da tradicional, mormente em relação às pautas principiológicas que se encontram em latente estado de colisão.

Nesta linha, a moderna doutrina constitucionalista tem sustentado a existência de princípios de interpretação específicos do texto constitucional, como por exemplo, o princípio da unidade da Constituição, onde o exegeta deve levar em conta a interdependência das diversas normas constitucionais, as quais formam um sistema integrado.

Sustenta-se também a existência de um princípio de efeito integrador, a partir do qual na solução dos problemas jurídico-constitucionais dá-se preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política;

Outro princípio de suma importância é o da máxima efetividade na interpretação da norma constitucional, posto que atribuí ao conteúdo da mesma a maior carga de eficácia possível, tendo em vista que, atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente;

Com base na lição de Lassale tem-se o princípio da força normativa da Constituição, que enfatiza a necessidade permanente de se proceder a uma

atualização das normas constitucionais em razão da evolução social, para melhor garantir sua eficácia e permanência. Não há uma modificação do texto constitucional, mais sim, uma alteração do modo de compreendê-lo.

Pode-se citar também os princípios da conformidade funcional, da interpretação conforme a Constituição e da harmonização, todos direcionados para a concretização dos preceitos constitucionais através de uma adequação do conteúdo da norma aos fatos.

Vale ressaltar que o intérprete ao realizar a sua função deve sempre iniciá-la pelos princípios constitucionais, é dizer, deve partir do princípio maior que rege a matéria em questão, voltando em seguida para o mais genérico, depois o mais específico, até encontrar-se a regra concreta que vai orientar a espécie.

É de se reconhecer a importância dos princípios constitucionais na atividade interpretadora em razão do grau de generalidade, abstração e capacidade de expansão dos mesmos, o que permite ao exegeta superar o legalismo estrito através de uma inserção axiológica no sistema sem pender para o decisionismo, posto que referidas pautas funcionam como limites interpretativos máximos e válvula redutora da arbitrariedade do aplicador da norma através do dever de motivação de seu convencimento³⁰.

As interpretações constitucionais tradicionais limitam-se a levantar todas as possíveis interpretações que a norma *sub examine* comporta e a confrontá-las com a Constituição, através da utilização dos métodos histórico, científico, literal, sistemático e teleológico.

Na interpretação constitucional tradicional não é permitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior.

Em razão dessa insuficiência interpretativa é que se assiste na atual quadra uma inclinação da jurisprudência no sentido de maximizar as formas de interpretação, com o escopo de permitir um alargamento ou restrição do sentido da norma de modo a torná-la efetiva.

Por este prisma, há que se fazer menção ao método de interpretação hermenêutico-concretizador, construído sob as bases da metodologia tópica de Theodor Viehweg, que busca o resultado (interpretação) constitucionalmente correto

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p.191. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

mediante um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado também de forma racional e controlável, criando, assim, certeza e previsibilidade jurídicas e não a simples decisão pela decisão.

Conforme ensina Konrad Hesse³¹, a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar e, nessa linha de entendimento, não poderá o intérprete se desvencilhar nem da pré-compreensão nem do problema concreto a resolver. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão de sentido, permitindo-lhe contemplá-la com expectativas próprias, possibilitando-lhe seguir uma trajetória que culminará na fixação do sentido da mesma.

É indubitosa a influência da tópica também no método concretista da Constituição aberta propugnado por Peter Häberle, podendo ser ele considerado um “radical” na utilização de referido método no âmbito do Direito Constitucional.

Referido autor distingue a interpretação em sentido lato (aquela que oferece um amplo campo ao debate e à renovação, encerrando uma visão dialética da realidade social apta à consecução do entendimento do fenômeno constitucional em sua essência e fundamento) e, em sentido estrito (aquela que utiliza métodos tradicionais de viés nitidamente privatístico).

Para Häberle³² a interpretação constitucional é um processo aberto, operação livre que como tal deve conservar-se. A sua compreensão há de ser a mais dilatada possível, de modo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais, venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade.

Tecidas tais considerações acerca das diversas formas de interpretação constitucional, resta indene de dúvida que interpretar a constituição é muito mais do que clarificar seu sentido. É, antes de tudo, uma atividade atualizadora do texto normativo em relação à realidade social vigente, motivo pelo qual é comum dizer-se que toda concretização (interpretativa) constitucional é tarefa de aperfeiçoamento e criação.

³¹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*, p. 37. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

³² HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 17/19. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

Assim sendo, importa consignar que, no que se refere às normas principiológicas ambientais ora em relevo, só se alcançará um grau satisfatório de realizabilidade de seus comandos a partir de uma interpretação que leve em conta a carga axiológica da Carta Constitucional em concomitância com a necessidade de concretização de seu texto.

5.1 Colisão entre as normas principiológicas referentes ao direito de propriedade e ao direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Já foram observadas anteriormente partes das constituições nascidas sob a égide do “*Welfare State*” que possuem catálogos de direitos fundamentais escritos os quais, dependendo da situação concreta e da forma como são interpretados, podem entrar em choque.

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. No primeiro caso há colisão entre direitos fundamentais e no segundo, entre direitos fundamentais e outras normas.³³

Com base nas considerações tecidas à cerca dos princípios jurídicos, tem-se que não há, propriamente, uma antinomia ou caso de colisão de direitos quanto se coteja o direito de propriedade com o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigos 5º, inc. XXII, 5º., inc. XXIII c.c. art. 170, III e art.186, II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

O titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, pode ver este em conflito com outros direitos fundamentais titularizados por outros indivíduos. Nesses casos há o que a doutrina convencionou em chamar de colisão de direitos.

Segundo Canotilho³⁴, na esteira de Vital Moreira, ocorre colisão de direitos quando o exercício de um direito fundamental colide:

- a) com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular (conflito de direitos em sentido estrito); b) com a defesa e proteção de bens da colectividade e do Estado constitucionalmente protegidos (conflito entre direitos e outros bens constitucionais).

³³ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*, p. 67/69. São Paulo, Revista de Direito Administrativo, vol. 217, julho/setembro de 1999.

³⁴ CANOTILHO, J. Gomes. *Direito Constitucional* p. 142. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

Ao se delimitar o âmbito normativo do direito de propriedade, que dá a real dimensão de sua aplicabilidade, verifica-se que este não abrange condutas contrárias à preservação ambiental, uma vez que, independentemente da vontade do proprietário, o legislador constituinte ao dispor sobre a proteção constitucional ao meio ambiente reduziu o conceito de propriedade e retirou do âmbito de tal direito um conjunto de condutas, submetendo-o aos fins sociais pré-estabelecidos. Como um direito fundamental, o direito de propriedade tem um núcleo essencial, irreduzível, que não pode ser afastado.

Em razão da existência, no *corpus* constitucional de um conjunto de normas (regras e princípios) que, por si só, já se apresentam como redutoras do alcance da definição de propriedade, como o dever à submissão ao cumprimento de uma função social, há que se concluir que o direito de propriedade é um direito condicional, ou seja, só existe se determinadas condições forem cumpridas pelo seu titular.

No caso dos contornos decorrentes da adoção de normas constitucionais ambientais, tem-se que não há, entre as condutas abrangidas pela proteção ao direito de propriedade, direitos a poluir, desmatar, degradar ou qualquer outra conduta lesiva ao meio ambiente.

Assim sendo, independentemente da vontade do proprietário, a própria Constituição reduziu o conceito de propriedade e limitou seu exercício, em prol do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, desdobramento do próprio direito à vida e parte integrante do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há, portanto, consagrada na Constituição uma precedência da proteção constitucional ao meio ambiente frente ao direito de propriedade, posto que o direito à vida, nas palavras de José Afonso da Silva³⁵, “deve orientar as ações tendentes a tutelar o meio ambiente, pois ele deve estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada”.

De outra banda, não há um “*jus subietionis*” instituidor de um dever de suportar o proprietário, sem reparação pecuniária, uma redução absoluta ao exercício das faculdades inerentes à propriedade. No caso concreto é que se poderá

³⁵ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 170. São Paulo, Malheiros, 1997.

aferir se está sendo imposta uma limitação compatível com o exercício do direito de propriedade ou se sofre o titular daquele direito uma excessiva e onerosa imposição.

Ainda aí não haverá colisão, posto que, ao lado da proteção ambiental, resta presente na Constituição, como princípio da ordem econômica, a previsão de proteção à propriedade, e demais contornos a ela relativos, muito embora, ainda se insista numa clássica leitura do instituto (Direito Romano) em desconformidade com a configuração que lhe fora dada pela Carta Constitucional de 1988.

Pelo exposto, resta concluir que não há colisão entre os direitos fundamentais insculpidos nos artigos 5º, inc. XXII, 5º., inc. XXIII c.c. art. 170, III e art.186, II, pois a interpretação já indica que não há intersecção entre os âmbitos normativos dos dois direitos, posto que não engloba e nem protege o direito de propriedade condutas contrárias e lesivas ao meio ambiente.

Outrossim, se colidentes fossem os referidos direitos fundamentais (propriedade X meio ambiente ecologicamente equilibrado), o conflito passaria pela resolução proposta por Habermas³⁶, segundo a qual, dentre as normas aplicáveis *'prima facie'* ao caso, optaria-se por aplicar aquela que melhor se adaptar à situação descrita em todos os seus aspectos relevantes.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p. 322/323. Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 1997.

A VINCULAÇÃO DO ESTADO AO DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

6 A vinculação do Poder Público enquanto implementador e fiscalizador da função socioambiental da propriedade

6.1 A vinculação do Poder Legislativo

No particular aspecto da vinculação da atividade do legislador aos direitos fundamentais, a questão pode ser estudada por dois prismas: a dimensão negativa e a dimensão positiva do referido liame, dentro do paradigma atual, inaugurado por Dürig, de clara renúncia aos padrões positivistas de onipotência do legislador em prol da prevalência de valores intangíveis insculpidos nas normas de direitos fundamentais, bem como, pela formulação feita por Krüger, de que hoje não há mais que se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais³⁷.

Nestes termos, a dimensão positiva diz respeito a um dever do legislador de otimizar (concretizar) as normas de direitos fundamentais, realizando os fins por elas colimados, conforme os parâmetros constitucionais.

Doutra banda, a acepção negativa do vínculo determina uma limitação material da atividade do legislador, em relação à sua liberdade de conformação regulamentadora de comportamentos. Assim, todo ato emanado de entidade pública ou atos emanados de entidades privadas aos quais a lei outorgou força de norma jurídico-pública que estiverem relacionados aos direitos fundamentais devem ter o conteúdo extraído do próprio texto constitucional, não podendo dele se apartarem. Tal proibição inviabiliza a edição de normas contrárias aos direitos fundamentais, em nível ordinário e também constitucional (emenda e revisão). Na opinião de Gomes Canotilho³⁸, estas particularidades transformam as normas de direitos fundamentais “em normas negativas de competência porque estabelecem limites ao exercício de competências das entidades públicas legiferantes”.

³⁷SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 328

³⁸CANOTILHO, J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 402. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

Resume-se a questão com a preleção do mencionado constitucionalista lusitano³⁹ que sustenta que

A aporia da vinculatividade constitucional insiste na contradictio: por um lado o legislador deve considerar-se vinculado, positiva e negativamente, pelas normas constitucionais, por outro lado, ao legislador compete 'actualizar' e 'concretizar' o conteúdo da constituição.

Merece destaque dentro do tema da vinculação do legislador aos direitos fundamentais a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão, fruto da inércia legislativa (total ou parcial) em face de uma imposição mais ou menos concreta contida nas normas de direitos fundamentais, ressaltando-se uma graduação da eficácia vinculativa de acordo com a densidade normativa e grau de concretude das mesmas. Contudo, não se verifica possível o enfrentamento de tal problemática neste estudo, sob pena de desvirtuamento da linha de pesquisa adotada em relação ao tema proposto.

Prosseguindo, tem-se que na esfera ambiental, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a ação legiferante ordinária restou vinculada ao disposto no art. 225, cujo teor, a par de garantir a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impôs ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações. Dispôs, ainda, acerca de formas para que se alcançasse a efetivação das políticas traçadas (artigo 170, inciso VI, da Carta Magna) para a defesa do ambiente como um dos princípios da ordem econômica (política de prevenção e proteção do meio ambiente).

A Carta Magna recepcionou diplomas outros, anteriormente editados com vistas à proteção do meio ambiente e preservação dos recursos nacionais, dentre eles, o que estabelece a política nacional ambiental - Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981 - inicialmente fundamentado nas alíneas c, h e i, do inciso XVII, do artigo 8º, da Constituição Brasileira de 1969, o qual tem como tônica fundamental proteger e recuperar o meio ambiente, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana, a vida e para criar condições propícias à consecução de um desenvolvimento sócio-econômico sustentável.

³⁹ CANOTILHO, J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, pág. 63. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

No que se refere à intrincada relação existente entre o direito de propriedade e a necessidade da proteção ambiental, consubstanciada na função socioambiental da propriedade, há que se ressaltar que o legislador da década de 60 já ocupava-se da demanda, tanto que o princípio da função social da propriedade figurava na Constituição de 1967, na Emenda de 1969, e em legislação infraconstitucional, particularmente do Estatuto da Terra (Lei nº. 4.504/64) que preconiza: “Art. 2º. (...)§1º. A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: (...) c) assegura a conservação dos recursos naturais”.

De igual modo, o Código Florestal (Lei nº. 4.771/65) disciplinava formas de intervenção na propriedade com vistas à proteção ambiental, ligadas à noção de propriedade que cumpre sua função social.

Em 18 de julho de 2000, passou a vigor a Lei nº. 9.985, que regulamentou o art. 225, § 1º., incisos I, II, III e VII da Constituição da República Federativa do Brasil e instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), disciplinando a intervenção do Poder Público na propriedade para fins de proteção e preservação ambientais.

Merece destaque também, na esfera penal, a Lei nº. 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais que, em que pese as inúmeras discussões travadas em torno de seu conteúdo, é mais um instrumento em defesa da qualidade ambiental.

Não obstante a existência das leis supra citadas, entre outras que consagram a proteção e preservação do meio ambiente, em todas as suas interfaces (fauna, flora, águas, florestas, etc), não se observa a efetividade plena das mesmas, no sentido de impedir a degradação do ambiente e exploração irracional dos recursos naturais. Os poucos resultados que estão sendo obtidos decorrem da crescente conscientização da população e do ativismo das organizações não governamentais, que impeliram o Poder Público a traçar políticas de proteção ambiental mais eficazes e a editar leis no sentido de melhor disciplinar a relação homem/natureza.

Como já mencionado anteriormente, a atual ordem jurídica nacional impõe ao Estado, em todas as suas esferas, o dever de proteger, preservar e conservar o meio ambiente, consoante o disposto na Constituição Federal, na Lei 6938/81 e nas declarações de Estocolmo (1972) e Rio de Janeiro (1992).

Nesse diapasão, a Política Nacional do Meio Ambiente objetiva garantir a todos a efetividade do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, sua importância é indiscutível, ante a necessidade, em específico em

questões ambientais, de uma política preventiva, educativa e racional, pois após a ocorrência de danos, dificilmente se obtém uma reparação a contento.

Não é demais destacar que a previsão de uma política ambiental encontra-se descrita na ordem social da Constituição e também, no que se refere à proteção ambiental, na ordem econômica, fato que deixa claro que o ambiente está ligado ao desenvolvimento social e econômico, constituindo um direito coletivo, fundamental e social⁴⁰.

Assim sendo, em que pese o fato de, atualmente, o Brasil possuir uma avançada legislação protetiva de direitos transindividuais, é imperativo reconhecer que, infelizmente, para que a lei cumpra efetivamente sua finalidade não basta simplesmente a sua publicação ou eficácia formal, pois continuam carentes de concretização⁴¹.

Não se pode olvidar que o nível de efetividade de uma norma depende do grau de realizabilidade de seu conteúdo, ou seja, para ser efetiva uma norma não pode conter promessas irrealizáveis e necessita ter instrumentos que assegurem sua concretude⁴².

Deste modo, só o fato de existir legislação não é suficiente para sanar os problemas existentes, pois a legislação é somente uma ferramenta. A efetividade depende da vontade política, da ética na política e dos administradores, da educação ambiental e cidadã a serem implementadas em todo o país, pelas condutas dos cidadãos, pela criação de incentivos fiscais à preservação ambiental e ações administrativas que necessitam ser realizadas continuamente e espontaneamente e não como se faz atualmente após processo, decisão e ordem judicial.

Nessa linha de argumentação, destaca-se o escólio de Josaphat Marinho⁴³, no sentido de que

(...) a natural variedade de prescrições constitucionais não legitima que se amontoem dispositivos contraditórios ou marcados por graves suspeitas de impraticabilidade. Aglomerado dessa índole propicia o

⁴⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Eficácia das Políticas Estaduais de Meio Ambiente*, p. 78. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 1999.

⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 112. São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 2311/232. Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

⁴³ MARINHO, Josaphat. *À Margem da Constituição*, p. 99. Brasília, Brasília Jurídica, 1992.

enfraquecimento da estrutura constitucional, pela propaganda de que é incompatível com a realidade. Cumpre ao legislador não esquecer que a convicção generalizada de validade da lei concorre para sua eficácia, tanto quanto a descrença popular lhe diminui o alcance (...).

Por outro prisma, na esteira de Marcelo Neves⁴⁴, há que se mencionar a existência da legislação simbólica dentro do sistema normativo constitucional, haja vista que o fracasso da função instrumental da lei não pode ser relacionado apenas à ineficácia das normas jurídicas. Segundo referido autor,

é evidente que, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar qualquer providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica.

Prossegue referindo-se a dois tipos de legislação simbólica: a legislação-álibi, normalmente verificável quando “o legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”; e a legislação como fórmula de compromisso dilatatório, como forma de adiar a solução de conflitos sociais atuais através de compromissos (legislações) dilatatórios, com o objetivo único de transferir a solução dos mesmos para um futuro indeterminado⁴⁵.

Não obstante o acima transcrito, conclui-se que, embora atado à vinculação “meio-fim” que decorre do texto constitucional, o legislador emprega a legislação simbólica como forma de manter-se dentro do jogo democrático, atendendo as expectativas daqueles que dele fazem parte.

Não erra Marcelo Neves quando assevera que o uso do respectivo expediente decorre de uma necessidade do legislador em transmitir para os destinatários da norma uma falsa sensação de bem estar, entretanto, não é só. Em alguns casos o uso da legislação simbólica revela-se como sendo o único caminho possível para obtenção do consenso, em razão da pré-compreensão que cada integrante tem sobre a questão em debate.

Não se pode olvidar, por outro lado, que o desconhecimento dos fenômenos ambientais leva o legislador, muitas vezes, a estabelecer normas de efeitos não tão positivos para o meio ambiente, principalmente no que se refere aos programas de gestão ambiental, onde se nota as maiores carências, em razão dos regulamentos e

⁴⁴ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*, 1994, pág. 32. São Paulo, Acadêmica, 1994.

programas adotados para a conservação e preservação do meio ambiente não estarem fundamentados em dados precisos.

6.2 A vinculação do Poder Executivo

Também no que se refere ao Poder Executivo e respectivos órgãos administrativos em geral, verifica-se plausível a vinculação dos mesmos às normas de direitos fundamentais, consoante depreende-se do teor do art. 5º., § 1º. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Da mesma forma, as pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividades públicas (concessão, permissão, autorização) também se encontram vinculadas aos direitos fundamentais. O mesmo raciocínio é válido para as entidades de direito público que exercem atividades de caráter privado.

De qualquer sorte, as relações entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais pautam-se pelo princípio da constitucionalidade imediata. Nestes termos, os órgãos administrativos executam as leis que estejam estritamente em consonância com os direitos fundamentais, bem como interpretam-nas em conformidade com o princípio constitucional da efetividade máxima.

A não observância destes postulados poderá acarretar a invalidação judicial dos atos administrativos editados em desconformidade com os preceitos de direitos fundamentais, através do controle judicial dos atos administrativos, objeto de estudo em capítulo posterior.

Há que se ressaltar que a questão dos órgãos administrativos exercerem um tipo de “controle” de aceitação ou rejeição de leis que impliquem em ofensa às diretrizes dos direitos fundamentais ainda é objeto de acirradas discussões por parte dos operadores do Direito⁴⁶.

Os que admitem este controle de constitucionalidade atípico, baseiam-se no argumento de que a força dirigente dos direitos fundamentais impõe a todos e a cada um dos órgãos da administração essa “vigília” em prol dos direitos fundamentais. Por outro lado, os opositores desta tese recusam à administração em geral e aos agentes administrativos em particular qualquer forma de controle da

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 332/333. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2001.

constitucionalidade das leis, mesmo que este dogma implique na violação dos direitos fundamentais, posto que, cabe ao Poder Judiciário (STF), enquanto guardião da Constituição, exercer este controle.

Não obstante a celeuma instalada, mostra-se mais adequado um posicionamento que pondere as duas vertentes, admitindo-se o controle administrativo que implique na não execução de leis flagrantemente inconstitucionais, atentatórias à vida e a dignidade humanas mas, por outro lado, a aplicação da lei tida como possivelmente atentatória aos direitos fundamentais, com posterior questionamento de constitucionalidade da mesma junto ao STF.

Avançando no tema, outro ponto que causa controvérsia é a questão da vinculação dos atos de governo e atos discricionários aos direitos fundamentais. Oportuno se faz transcrever a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁷ sobre o assunto:

No que tange à medida da vinculação dos direitos fundamentais, poderá afirmar-se que, quanto menor for a sujeição da administração às leis (de modo especial na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo), tanto maior virá a ser a necessidade de os órgãos administrativos observarem – no âmbito da discricionariedade de que dispõem – o conteúdo dos direitos fundamentais, que, consoante já assinalado, contém parâmetros e diretrizes para a aplicação e interpretação dos conceitos legais indeterminados.

Não é outra a lição de Gomes Canotilho⁴⁸ sobre o tema, sustentando que os direitos, liberdades e garantias constituem-se em medidas de valoração e de conformação para a Administração Pública, no primeiro caso quando preenche o conteúdo dos conceitos indeterminados e no segundo no exercício de seu poder discricionário (parâmetro de vinculação imediato).

Desta forma, conclui-se que a esfera de discricionariedade do julgador encontra-se tangida pela vinculação do ato a ser praticado com os direitos fundamentais, ocorrendo a mesma situação no caso de atos políticos.

Sob a ótica do meio ambiente, a tarefa do administrador não é menos hercúlea do que a do legislador, posto que, da mesma forma que esse, encontra-se vinculado ao disposto no texto constitucional e às leis ordinárias ambientais, no que

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 333. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2001.

⁴⁸ CANOTILHO, J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 402. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

diz respeito à implementação de políticas públicas que efetivamente resguardecem o ambiente.

Vários são os obstáculos que permeiam o caminho do administrador. Primeiro, a necessidade de densificar adequadamente termos vagos, ambíguos, vazios e indeterminados que geralmente são utilizados na redação de leis relacionadas com o meio ambiente.

O ato contínuo surge como problema intransponível para o administrador, a execução de programas ou compromissos advindos das já mencionadas legislações simbólicas, posto que, constituem-se normas de mínimo conteúdo realizável.

Senão bastassem os óbices acima mencionados, é de se reconhecer que em razão da repartição de competências na esfera ambiental a União deixou de reestruturar o IBAMA enquanto muitos dos Estados não assumiram suas competências ou se assumiram não equiparam os órgãos adequadamente. Por fim, os municípios, com raras exceções, sequer se deram conta de suas competências e continuam achando que questões ambientais devem ser resolvidas na esfera federal (IBAMA).

Tais deficiências redundam na inefetividade da Política Nacional de Meio Ambiente, a qual encontra-se subordinada a pressões de segmentos interessados na implantação de modelos de desenvolvimento não-sustentável.

Em contrapartida, muito tem sido feito em defesa de uma melhor qualidade de vida para as gerações presentes e futuras, a partir da implementação de políticas ambientais regionais ou locais, desenvolvidas dentro de um sistema destinado a organizar, coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, assegurada a participação da coletividade, conhecido como SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente.

Buscando a democratização do debate acerca da implementação de políticas ambientais, vários Estados brasileiros já fizeram constar de suas próprias constituições, a competência dos Conselhos Estaduais do Meio Ambiente, como por exemplo, Pernambuco, São Paulo, Rio de Janeiro, etc, os quais atuam nas questões dos recursos hídricos (art. 33, III da Lei nº. 9.433/97) e, em tantas outras que dizem respeito ao meio ambiente (sistemas de controle de poluição, definição e coordenação da implantação de espaços territoriais protegidos, apreciação de EPIA, etc).

Por fim, no âmbito administrativo, a atuação (vinculação) do Estado na defesa do meio ambiente se desenvolve por intermédio da utilização de inúmeros instrumentos legais, que englobam desde medidas típicas do exercício de poder de polícia até mecanismos de planeamento.

6.3 A vinculação do Poder Judiciário

A vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais pode ser analisada, parafraseando Jorge Miranda, sob o ângulo positivo: na interpretação, integração e aplicação de leis de forma a conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível; e sob o ângulo negativo: não aplicação de leis que violem os direitos fundamentais e não “endurecimento” (aumento de exigências) no que tange às técnicas e instrumentos atinentes ao controle da inconstitucionalidade das leis.

Escorreita é a lição de Gomes Canotilho⁴⁹, para quem a “vinculação dos tribunais efectiva-se ou concretiza-se: 1) através do processo aplicado no exercício da função jurisdicional ou 2) através da determinação e direcção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais”.

Resta clara a importância que exerce o Poder Judiciário não só enquanto órgão vinculado aos direitos fundamentais, mas, principalmente, enquanto ente fiscalizador e controlador dos atos dos demais órgãos estatais, de tal forma que, além do dever de não interpretar, integrar e aplicar normas em dissonância com os direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem o poder de tornar nulo qualquer ato administrativo que se mostre ofensivo aos direitos fundamentais, bem como, tem o poder de declarar inconstitucional qualquer lei atentatória aos direitos supra-referidos.

Por outro lado, no que se refere às ações de inconstitucionalidade por omissão e no caso específico do mandado de injunção, há que anotar que as construções pretorianas retiraram qualquer expectativa de sucesso dos referidos institutos, no que se refere à concretização e efetivação dos direitos fundamentais,

⁴⁹ CANOTILHO, J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 408. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

neutralizando, assim, importantes instrumentos de realização dos princípios constitucionais.

Não bastassem tais obstáculos instrumentais, verifica-se que o Poder Judiciário enfrenta sérios problemas na interpretação e aplicação das normas constitucionais, mormente às referentes à questão da função socioambiental da propriedade, havendo uma profunda dissonância nos julgados dos tribunais pátrios, no que tange às ações envolvendo propriedade e proteção ambiental, questão que será aprofundada no capítulo seguinte, no subitem que trata dos desencontros hermenêuticos.

Um primeiro aspecto a ser levado em conta no exame dos julgados produzidos é o de que muitos dos operadores do direito, particularmente juízes e advogados, não possuem conhecimentos suficientes para julgar (aqueles) e ajuizar (estes) pedidos de indenização por desapropriação indireta em matéria ambiental, situação diversa encontra-se com maior freqüência entre os membros do Ministério Público, os quais, para pleno exercício da iniciativa que lhes foi conferida pelo art. 129, III da Constituição (promover o inquérito civil público e a ação civil pública para a proteção do meio ambiente), se especializaram na legislação ambiental e criaram centros de apoios operacionais institucionais relacionados ao meio ambiente e voltados para o constante aperfeiçoamento das ações.

Um segundo problema está relacionado com a complexidade da questão ambiental, dentre outras coisas não há regras para uma contabilidade da natureza, reina o imprevisto quando se trata de fixar (em dinheiro) a extensão do dano ambiental e o valor de propriedades que, em alguns casos, não são aproveitáveis para a agricultura ou pecuária e só com muito investimento e preservação integral do ecossistema teriam condições de serem exploradas, por exemplo, pelo ecoturismo.

Outro ponto relevante a ser apreciado dentro da temática proposta é a da superação, pela via judicial, das omissões estatais lesivas à qualidade ambiental. Em outras palavras, a viabilidade da imposição coativa ao Poder Executivo, pela via judicial, da adoção de medidas administrativas necessárias à proteção do meio ambiente.

Parte da doutrina sustenta que ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-lo, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este seria o limite do controle, quanto à extensão. Com base nessa orientação é que se formou forte corrente

jurisprudencial que não admite que se possa obter, junto ao Judiciário, a condenação da Administração em obrigações de fazer, consistentes na adoção de medidas positivas na proteção do meio ambiente.

Outrossim, referido debate será objeto do tópico seguinte em virtude da amplitude das questões que lhe são circundantes.

6.4 O Poder Judiciário como garantidor da concreta observância ao princípio da função sócio-ambiental da propriedade

6.4.1 O controle judicial dos atos do Poder Público em matéria ambiental

Primeiramente, tem-se que o controle judicial dos atos dos entes públicos cresce de significado na idéia de separação da vontade do indivíduo ou de um grupo e o interesse do todo, da comunidade. A isenção, a independência, a neutralidade de um processo, a mediação de uma escolha, decorrente não de um querer, mais sim de um porque lhe coube.

Numa visão de que o Poder Judiciário representa a composição, o equilíbrio, a sensatez, o que é sintetizado pela balança, paira a crença de que o controle judicial tem o condão de evitar a tirania, sem maiores indagações quanto a uma eventual usurpação de sua parte.

Os ingredientes que interagiram na elaboração da própria idéia de um poder judiciário contribuíram para que ele fosse visto como o controlador dos demais poderes, sua dualidade o habilitou a tanto, nem um outro poder convive, ao mesmo tempo, com valores éticos essenciais com o mais rígido formalismo processual, a acusação com a presunção de inocência, a pré-determinação rigorosa dos distintos papéis que cabem, no processo, a cada participante com a secreta gestação da “intima” convicção do juiz, a procura da verdade material e o fascínio pueril da lide, a justiça, a prudência, o recurso, o prazo, a ficção, a certeza.

Historicamente, o controle encontra-se alicerçado nos valores fundantes da comunidade, na idéia de justiça, ou de ordem razoável, reflexo da idéia de bem comum e, ao mesmo tempo, consciência da fragilidade da natureza humana.

Na atualidade, como afirma Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti⁵⁰ tem-se no Brasil a ampliação do campo jurídico, objeto de tutela em virtude da adoção de novos Direitos e interesses legalmente protegidos, bem como pela ampliação dos mecanismos e instrumentos de controle dos atos e omissões juridicamente relevantes do Estado.

Ultrapassado estas linhas iniciais, tem-se que o controle judicial dos atos dos poderes públicos em matéria ambiental é realizado por meio de remédios específicos (mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão, argüição de descumprimento de preceito fundamental, medida cautelar, etc) ou através de outras ações ordinárias ou especiais que podem ser adequadamente utilizadas pelo particular contra a Administração Pública, tais como as ações possessórias, ação declaratória, ação indenizatória, etc

Ocorre que, nem sempre o Poder Judiciário imprime a tais demandas a interpretação mais efetiva e favorável à natureza. Como dito anteriormente, os julgadores estão desvinculados dos parâmetros axiológicos fornecidos pela Constituição e demais leis ambientais.

Doutra banda, nem sempre a quantidade de ações judiciais equivale qualitativamente a uma efetiva tutela dos bens ambientais. Isso, por três motivos distintos: a dificuldade na educação ambiental da população; a impossibilidade de realização de planos de longo prazo; e a reversão dos prejuízos para os próprios cofres públicos.

6.2.2 A extensão do controle jurisdicional do ato administrativo

A extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos relacionados ao meio ambiente está umbilicalmente ligada aos parâmetros ou critérios de aferição de correção do ato administrativo impugnado, os quais são pinçados do texto constitucional, mais precisamente no campo dos princípios constitucionais da Administração Pública, na seara dos princípios gerais de Direito implícitos ou

⁵⁰ CAVALCANTI, Francisco Queiroz de Bezerra. *Breves Considerações sobre o Controle da Função Administrativa e a Plenitude da Tutela Jurisdicional*, p. 82. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – separata – n. 8, 1997, Recife, Pernambuco.

explícitos na Constituição (incluídos aí os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade), entre outros insculpidos na Carta Magna.

A sindicabilidade do ato em questão deve ser compreendida num atual estágio de ordenamento jurídico formado por regras (normas em sentido estrito) e por princípios gerais, marca indelével do constitucionalismo pós-positivista, revelador da normatização e positivação dos Princípios Gerais de Direito, onde as normas jurídicas passam a ser analisadas sob o ponto de vista da juridicidade e da legalidade, sendo que no campo do Direito Administrativo, o princípio da juridicidade da administração substitui o princípio da legalidade, absorvendo-o totalmente⁵¹.

Nesta perspectiva, o princípio da legalidade assume duas faces: a de legalidade constitucional ao ordenar e regular os atos do Poder legislativo e a de juridicidade, ao ordenar e regular os atos do Poder Executivo, incluídos aí os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais abriram caminho para uma melhor compreensão da competência discricionária, ao mesmo tempo em que ampliaram as possibilidades de controle judicial do ato administrativo.

Não obstante este ideal de justiciabilidade do ato administrativo, o que se verifica na maioria dos tribunais pátrios, talvez por falta de estrutura, excesso de serviço, comodidade pessoal, submissão ao princípio da separação de poderes ou pressões políticas nas instâncias superiores, o Judiciário, em sua grande maioria, adota a posição tradicional, segundo a qual o controle dos atos administrativos pelo Judiciário se restringe aos aspectos ou elementos formais, não devendo se imiscuir no mérito, nem aferir a justiça do ato, a razoabilidade, o interesse público, a utilidade do ato, pois esses aspectos são discricionários da administração.

A posição anteriormente citada, e seguida, atualmente, pelos Tribunais, fundamenta-se nos seguintes argumentos: impossibilidade de sobreposição do Poder Judiciário e o só cabimento de apreciação jurisdicional acerca da legalidade. Esses argumentos supracitados não merecem acolhimento, pois é imperativo que se superem as clássicas visões da separação dos poderes e do mito do Juiz neutro.

No que concerne à separação de poderes tem-se que analisá-la à luz da contemporaneidade. Quando de seu surgimento o momento histórico tornava imprescindível uma rígida separação como forma de combater o perigo recorrente

⁵¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 37. São Paulo, Dialética, 2001.

do despotismo, uma vez que os monarcas que se transformavam em tiranos sempre centralizavam em sua pessoa todas as funções públicas⁵².

Vive-se hoje, no Brasil, uma democracia participativa. Sendo assim, não há como se negar a salutar independência harmônica entre os poderes e os sistema de freios e contrapesos, todavia, faz-se necessário um Poder Judiciário, mais forte, independente e atuante no sentido de conferir efetividade às normas jurídicas, mormente àquelas referentes a direitos fundamentais prestacionais.

Há que ser superado o dogma da neutralidade do juiz, posto que não há ser humano desprovido de ideologia e valores. Assim, um juiz comprometido com o momento histórico e com a realidade social não exerce sua atividade apenas por meio de raciocínios silogísticos, antes interpreta a lei em consonância com todo o sistema.

Urge que o Poder Judiciário assuma uma postura criadora e ativista⁵³ no que tange aos direitos fundamentais, ante à necessidade de concretização das normas constitucionais principiológicas, de forma que torne possível a implementação (via decisão judicial) de políticas públicas capazes de reverter a crise ecológica que ora se vive, bem como, que construa-se mecanismos aptos ao controle judicial dos poderes políticos.

Por outro prisma, a questão do controle judicial dos atos discricionários não pode ser analisada apenas pela ótica da escolha da solução que atenda ao interesse público da melhor forma⁵⁴, haja vista que, em relação a esses casos extremos, é óbvia a escolha do administrador.

O grande impasse ocorre quando as soluções que se lhe apresentam são satisfatórias, ou seja, atendem o interesse público e a decisão do administrador por uma ou por outra é meramente política. Nesse aspecto, tem-se que para tornar inquestionável e legítimo o referido ato discricionário, em razão da decisão política inerente à atuação do administrador público, deve-se recorrer ao debate democrático, filtro de controle dos poderes políticos *extra judice*, onde avaliar-se-á a questão da ponderação da decisão tomada em relação ao fim visado.

⁵² BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*, p; 137. 10ª Edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000.

⁵³ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 97. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2002.

⁵⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle Jurisdicional*, p. 15. São Paulo, Malheiros, 200.

Para Germana de Moraes a discricionariedade do administrador público

é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.⁵⁵

Transferindo-se tais considerações para a seara ambiental conclui-se que cabe ao administrador implementar as políticas públicas traçadas pela Constituição de acordo com as possibilidades admitidas pelas normas em abstrato, sendo que, quando se tratar de norma de alta densidade há que se observar o princípio da legalidade e, no caso de normas de baixa densidade observar-se-á os princípios que as conformam, lembrando sempre da historicidade, da faticidade e do consenso formado a respeito do conteúdo das normas principiológicas.

Considerando que as finalidades da administração são traçadas pela Constituição, bem como os princípios constitucionais segundo os quais a Administração Pública está adstrita aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como considerando que a legalidade nesse âmbito deve ser estrita, isto é, só fazer o que a lei permite e a eficiência, no caso, é avaliar se a administração age de forma a atingir a finalidade da lei. Desta forma, os resultados práticos almejados no plano da realidade concreta devem ser revistos dentro dos limites e fundamentos do controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Para que essa modificação de paradigmas e o novo papel do Poder Judiciário se concretizem é preciso instrumentalizar os operadores jurídicos com meios necessários para uma prática comprometida com a eficácia dos direitos humanos, principalmente aqueles que derivam de uma prestação do Estado.

É imperioso que o Poder Judiciário transponha as tradições e formalidades e que utilize a hermenêutica como uma ferramenta, pois as interpretações têm

⁵⁵ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da administração Pública*, p. 42. São Paulo, Dialética, 2001.

significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, estando submetida ao princípio da ótima concretização da norma, pois só assim, os juízes poderão controlar e exigir que o Estado cumpra seus deveres providenciais para com a coletividade.

Não é outra a opinião de Andreas Krell⁵⁶:

Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais seja a atitude ultrapassada da grande parte da magistratura brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores de Direito, especialmente durante o tempo autoritário.(...) Apesar do fato de a doutrina constitucional moderna no Brasil enfatizar que o Estado Social preconizado pela Carta de 1988 exige um novo entendimento das suas normas jurídicas, que seja orientado por valores, a maioria dos operadores (juízes, promotores, procuradores, administradores, advogados) ainda não passou a interpretar as normas constitucionais e ordinárias (civis, comerciais, administrativas) “no espírito” dos direitos fundamentais e seus valores subjacentes.

Com base nas lições de Apostolova, sustenta o mencionado professor que a concretização dos direitos fundamentais impõe profundas alterações na função clássica dos juízes, que passariam a ser considerados co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais. Só que, como afirma o autor, “o Judiciário não quer assumir o papel de “arquiteto social” e ser responsabilizado por uma possível convulsão financeira nos orçamentos públicos (...)”.

Neste cenário inquietante, apresenta-se como instrumento eficaz, a ação civil pública, enquanto propulsora de decisões judiciais democráticas e pacificadoras de conflitos caracterizados por interesses transindividuais, difusos e coletivos, cumprindo seu papel social e político.

A ação civil pública visa garantir a efetivação dos direitos difusos e servir como instrumento de educação social e ambiental, pois pretende fazer cumprir os princípios e normas constitucionais e conduz tanto as autoridades quanto à sociedade a refletir seriamente acerca de condutas em relação aos cidadãos e ao

⁵⁶ KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa), p. 250. *Revista de Informação Legislativa*. ano 36, n°. 144, outubro/dezembro de 1999, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal.

ambiente, o que ajuda na transposição de um Estado ditatorial para uma social democracia⁵⁷.

Da prática diária, evidencia-se que as ações civis contra particulares têm apresentado êxito. Por outro lado, as ações contra o Estado não são tão efetivas. Isso significa que foram úteis, no sentido de educar a população e servir de exemplo, pois a administração e as empresas começam a perceber que há um controle das condutas, ainda que tímido, e que tende a se fortalecer.

Dentro desta perspectiva é que surge a necessidade de uma visão inovadora e mais atualizada no tocante à ampliação do controle judicial, com vistas à supressão da omissão administrativa lesiva ao meio ambiente e o estabelecimento da boa gestão ambiental por parte do Poder Judiciário⁵⁸.

Cumprir destacar dentro da temática da extensão do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública em matéria ambiental, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgados relacionados ao tratamento e despejo final de resíduos e efluentes líquidos e sólidos, domésticos e industriais, tem acatado o entendimento de possibilidade de imposição judicial de obrigações de fazer diretamente ao Poder Executivo, afastada a discricionariedade da Administração Pública nesta seara, uma vez que não cabe ao administrador a escolha do momento mais conveniente e oportuno para a adoção de medidas específicas de preservação, as quais estão previstas em lei, pouco importando ainda, as disponibilidades financeiras imediatas do poder público considerado.

Nesse sentido, tem-se a orientação adotada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº. 158.646-1/0, cujo acórdão relatado pelo Desembargador Cezar Peluzo assim dispõe:

Ação Civil Pública – Meio idôneo para compelir o Poder Público a tratamento de esgoto – Arbitramento de prazo para cumprimento da obrigação determinada na sentença à luz da prova técnica – Providência sensata, tendo em vista a força orçamentária do Município – Recurso não provido – v.u.

Também a 4ª e a 7ª Câmaras de Direito Público do TJSP, em acórdãos relatados pelos Desembargadores Soares Lima e Jovino de Sylos, adotam o

⁵⁷ MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública. Instrumento de Educação Democrática - Ação Civil Pública - Lei 7.347/1985 - 15 anos*, p. 362. São Paulo, RT, 2001.

⁵⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O Problema do Controle Judicial das Omissões Estatais Lesivas ao Meio Ambiente. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 22. Rio de Janeiro. 199.

entendimento acima transcrito, esposado pela 2ª Câmara Cível, conforme verifica-se do teor dos julgamentos das Apelações Cíveis nos. 241.625-1/4⁵⁹ e 246.776-1⁶⁰.

Analisando tais julgados tem-se que o Poder Judiciário não está criando uma obrigação ou uma política pública ambiental. Apenas determina o cumprimento e a execução de uma obrigação pública já prevista em lei não implantada ou efetivada pelo Poder Executivo. Se, ao analisar e julgar o pleitos o Poder Judiciário acaba por influir nas diretrizes políticas do Estado, isto se dá porque, antes, houve indevida omissão administrativa a legitimar sua intervenção, provocada pela sociedade (legitimados ativos) que dele espera o cumprimento que lhe foi atribuído pela Carta Constitucional (indeclinabilidade da tutela jurisdicional).

⁵⁹ Revista de Direito Ambiental no. 3, p. 274

⁶⁰ JTJ – LEX 293/20.

CONCLUSÃO

Com base nas considerações tecidas, tem-se como efetiva a norma jurídica que irradia seus efeitos no âmbito das relações que visa disciplinar, sendo reconhecida e aceita pelos seus destinatários. Como visto no corpo do presente estudo as normas principiológicas referentes à função socioambiental da propriedade não gozam de plena efetividade, em razão dos fatores jurídicos e também condicionantes metajurídicos.

Na Constituição Federal de 1988 os artigos que tratam da função socioambiental da propriedade são considerados normas principiológicas em razão da textura aberta e fluída de seus comandos, sendo a propriedade considerada direito fundamental de primeira dimensão e o meio ambiente direito fundamental de terceira geração.

Tais normas, em razão de sua normogênese, são dotadas de uma eficácia (social) diferenciada das normas-regra, posto que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata na medida que comportem tal possibilidade, haja vista os graus diferenciados de densificação de seus comandos, a exigir atividade concretizadora complementar.

Por esta ótica, é que a efetividade das normas principiológicas em questão encontra-se diretamente ligada a implementação de políticas públicas eficazes, à conscientização da sociedade a respeito da necessidade da tutela ambiental e também, a uma exegese concretizadora dos valores gravados no ápice do sistema normativo.

Por outro lado, a eficácia social das normas em apreço também está relacionada com a forma pela qual se compreende o direito de propriedade na sua estrutura dinâmica e estática, da qual faz parte a função socioambiental. Como parte integrante do próprio conceito de direito de propriedade, o não atendimento da função social (e ambiental) deveria acarretar ao seu titular a perda do direito, através da desapropriação-sanção. Mas não é o que ocorre.

Persiste a concepção de que a propriedade é um dos cânones do interesse individual, consoante dispunha a doutrina liberal do século XIX, sendo a função social apenas um dever que decorre do direito de propriedade, e não parte

integrante dele. Com base nesse entendimento e no excesso de formalismos do Poder Judiciário, muitas questões envolvendo direito de propriedade e meio ambiente recebem tratamento eminentemente privatístico em detrimento da nova dimensão do instituto.

Importa realçar que tais dificuldades de concretização das normas principiológicas ora em destaque não afetam sua validade. A tensão existente entre o texto da norma e a realidade a que ela se dirige tende a diminuir a medida que se implemente mecanismos de integração desses dois pólos.

Neste aspecto, a efetivação dos comandos constitucionais em discussão pressupõe a superação da visão liberal que muitos operadores do Direito tem da propriedade, posto que tal direito, juntamente com outros direitos fundamentais (inclusive o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado) forma a base do Estado Democrático Social de Direito.

De igual sorte, deve prevalecer o entendimento de que o direito de propriedade é uma função social, a partir do momento que em sua estrutura não está prevista a faculdade de seu titular utilizar-se de seu direito de forma a trazer prejuízo para a coletividade, para o meio ambiente ou em desacordo com a lei.

É de se mencionar que a efetividade plena do princípio da função socioambiental da propriedade passa por um abrandamento da teoria da separação dos poderes de modo que o Poder Judiciário, sem cair no decisionismo judicial, se reconheça como Poder democrático, capaz de concretizar, pela via de suas decisões os direitos fundamentais prestacionais, além de adotar uma exegese menos formalista e mais integradora do fenômeno jurídico.

Pelo exposto, a plenitude da força normativa dos comandos constitucionais relacionados com a função socioambiental da propriedade só será alcançada quando ocorrer uma mudança de paradigma por parte dos atores políticos e sociais no que se refere à intrincada relação homem-natureza.

REFERÊNCIAS

ARTIGOS

- ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo, volume 217, julho/setembro de 1999, Editora Renovar, Rio de Janeiro, págs. 67/79.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Função Social da Propriedade*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, ano 39, no. 166, 1985, págs. 26/35.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função Ambiental da Propriedade*. Revista de Direito Ambiental, ano 3, n. 9, janeiro/março de 1998, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, págs. 67/85.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Desapropriação indireta e o Parque Estadual da Serra do Mar*. Revista de Direito Ambiental, ano 2, abril-junho de 1997, págs. 62/70.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Breves Considerações sobre o Controle da Função Administrativa e a Plenitude da Tutela Jurisdicional*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade Federal de Pernambuco, n°. 08, 1997, Recife, págs. 77/116.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. In: Anais do XII Congresso de Procuradores de Estado, Salvador, 1986.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Indenização ou compensação financeira por limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade revestida de vegetação de preservação permanente: inadmissibilidade jurídica* (Comentários ao RE 134.297 – SP/STF, RTJ 158/205). Revista de Direito Ambiental, n. 12, ano 3, Editora Revista dos Tribunais, 1998, pág.21.
- FAJARDO, Elias. *Prado: modelo de desenvolvimento sustentável*. Revista Ecologia e Desenvolvimento. Edição 85, Setembro/Outubro de 2000.
- FARIAS, Edilsom. *Direitos Fundamentais e Políticas Neoliberais*. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ano 6, n. 12, julho/dezembro de 1998, Brasília, 1998, págs. 51/60.
- FERNANDES, Iara de Toledo. *A Efetividade das Normas Constitucionais*. Anais do XVI Congresso Brasileiro dos Procuradores de Estado, São Paulo, 1998.

- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Eficácia das Políticas Estaduais de Meio Ambiente*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999, págs.77/94.
- KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa, ano 36, no. 144, outubro/dezembro de 1999, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado, Brasília, págs. 239/260.
- LEITE, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala. *A Transdisciplinariedade do Direito Ambiental e a sua equidade intergeracional*. Revista de Direito Ambiental, no. 22, ano 6, abril-junho de 2001, págs. 62/80.
- MANGUEIRA, Carlos Otaviano de M. *Função Social da Propriedade e Proteção ao Meio Ambiente: Notas sobre os Espaços Protegidos nos Imóveis Rurais*. Revista de Informação Legislativa, ano 37, n. 146, abril/junho de 2000, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 2000, págs. 229/249.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*. Revista de Direito Ambiental, ano 1, n. 2, abril/junho de 1996, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, págs. 50/66.
- _____ *Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil*. Revista dos Tribunais, vol. 706, agosto de 1994, São Paulo, págs. 07/29.
- _____ *O Problema do Controle Judicial das Omissões Estatais Lesivas ao Meio Ambiente*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999, págs. 07/31.
- OLIVEIRA, Sullivan Silvestre. *A necessidade de codificação das leis ambientais no Brasil como forma de garantir a eficaz proteção ambiental do cidadão*. Revista de Direito Ambiental, ano 2, nº. 7, julho-setembro de 1997, págs. 87/90.
- PACCAGNELLA, Luis Henrique. *Função Socioambiental da Propriedade Rural e Áreas de Preservação Permanente e Reserva Florestal Legal*. Revista de Direito Ambiental, Ano 2 – n. 8, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, págs. 05/19.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *Direito de Propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais?*. Revista de Informação Legislativa, ano 37, nº. 147, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado, Brasília, págs. 15/27.
- TEPEDINO, Tepedino. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)*. Revista Forense. Volume 366, 1989, págs. 73/78.

LIVROS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de Propriedade e Meio Ambiente*. Juruá Editora, Curitiba, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- _____ *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, 2ª edição, México, 1998.
- _____ *El Concepto y la Validez del derecho*,
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional a Efetividade de suas Normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª. Ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1996.
- _____ *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, São Paulo, 1990.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *As Teorias das Formas de Governo*. Tradução de Sérgio Bath, 10ª Edição, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*. Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- _____ *Introdução ao Direito do Ambiente*. Universidade Aberta, Lisboa, 1998.
- _____ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1998.
- _____ *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- _____ *Direito Constitucional*. 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 1993.
- CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Trad. Diogo Leite de Campos. Almedina, Coimbra, 1979.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. Editora Ática, São Paulo, 1995.
- CORDINI, Giovanni. *Diritto Ambientale Comparato*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani – CEDAM – Padova, 1997.

- DELL'ANNO, Pablo. *Manuale di Diritto Ambientale*. Milani, CEDAM, 1995.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. Ed. Max Limonad, São Paulo, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* Massachusetts: Havard University Press Cambridge, 1980.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sérgio Antonio Fabris Editor. 2ª Edição, Porto Alegre, 2000.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. de Manuel ^a Domingues de Andrade. 4ª Edição, Editora Armênio Amado, Coimbra, 1997.
- FERRAZ JÚNIOR Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.
- _____. *Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia. Supremacia*. Editora Atlas, São Paulo, 1989.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Primera edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- KELSEN Hans. *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Batista Machado. 6ª edição (quarta tiragem), Martins Fontes, São Paulo, 2000.

- KRELL, Andreas Joachim. *Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais - A Constituição Concretizada*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre-RS, 2000.
- LASSALLE Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 5ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.
- LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Almedina, Coimbra, 1997.
- LUHMANN Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*, 1ª edição, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1980.
- _____. *Sociologia do Direito*, volume 1, *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1983.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 5ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1995.
- MAGALHÃES, Maria Luísa Faro. *Função Social da propriedade e meio ambiente – princípios reciclados. Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*. Coordenação de Antonio Herman V. Benjamin, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- MAMEDE, Gladston. *Semiologia do Direito – Tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. 2ª Edição revista e ampliada, Editora Síntese, Porto Alegre, 2000.
- MARINHO, Josaphat. *À Margem da Constituinte*. Brasília Jurídica, Brasília, 1992.
- MAXIMILIANO Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 9ª edição, Rio de Janeiro-1979.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. Malheiros editores, 2ª edição, 4ª tiragem, São Paulo, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Editora Brasília Jurídica, Brasília, 2000.
- MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – 15 anos*. Editora RT, São Paulo 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo II - Constituição e Inconstitucionalidade*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra – Portugal, 1996.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da administração Pública*. Editora dialética, São Paulo, 2001.

- MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. Editora Malheiros, São Paulo, 1999.
- MORO, Sérgio Fernando, *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. Editora Max Limonad, São Paulo, 2001.
- NAVARRO, Pablo Eugenio. *La Eficacia Del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Editora Acadêmica, São Paulo, 1994.
- PERELMAN Chaïm. *Ética e Direito*, 1ª edição 1996 (3ª tiragem-2000), Martins Fontes, São Paulo.
- PLINIO, Giampiero Di. *Diritto Pubblico Dell'Ambiente e Aree Naturali Protette*. Utet Libreria, Torino, 1994.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Edipro, São Paulo, 2000.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Denasi. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. Edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001.
- SILVA, Celso de Albuquerque Silva. *Interpretação Constitucional Operativa. Princípios e Métodos*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. Editora Malheiros, São Paulo, 1997.
- _____. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1998.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª Edição, 3ª Tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 1993.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.
- VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo Direito*. 2ª Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.
- WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. 2ª Edição, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.