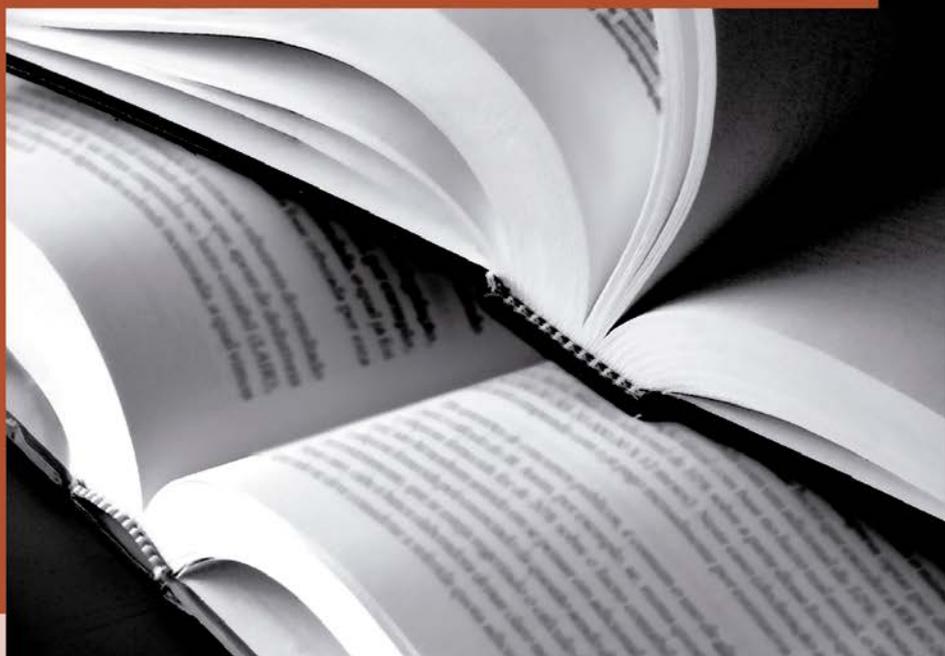


SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

Márcio Santoro Rocha



Parâmetros para uma teoria da decisão em conflitos socioambientais

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Presidente

Ministro Og Fernandes

Corregedor-Geral da Justiça Federal e

Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

Ministro Marco Aurélio Bellizze Oliveira

Ministra Assusete Dumont Reis Magalhães

Ministro Sérgio Luíz Kukina

Desembargador Federal José Amilcar Machado

Desembargador Federal Messod Azulay Neto

Desembargadora Federal Marisa Ferreira dos Santos

Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira

Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior

Desembargadora Federal Mônica Jacqueline Sifuentes

Membros efetivos

Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro

Ministra Regina Helena Costa

Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz

Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria

Desembargadora Federal Ângela Maria Catão Alves

Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Desembargador Federal Antonio Carlos Cedenho

Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva

Desembargador Federal Alexandre Luna Freire

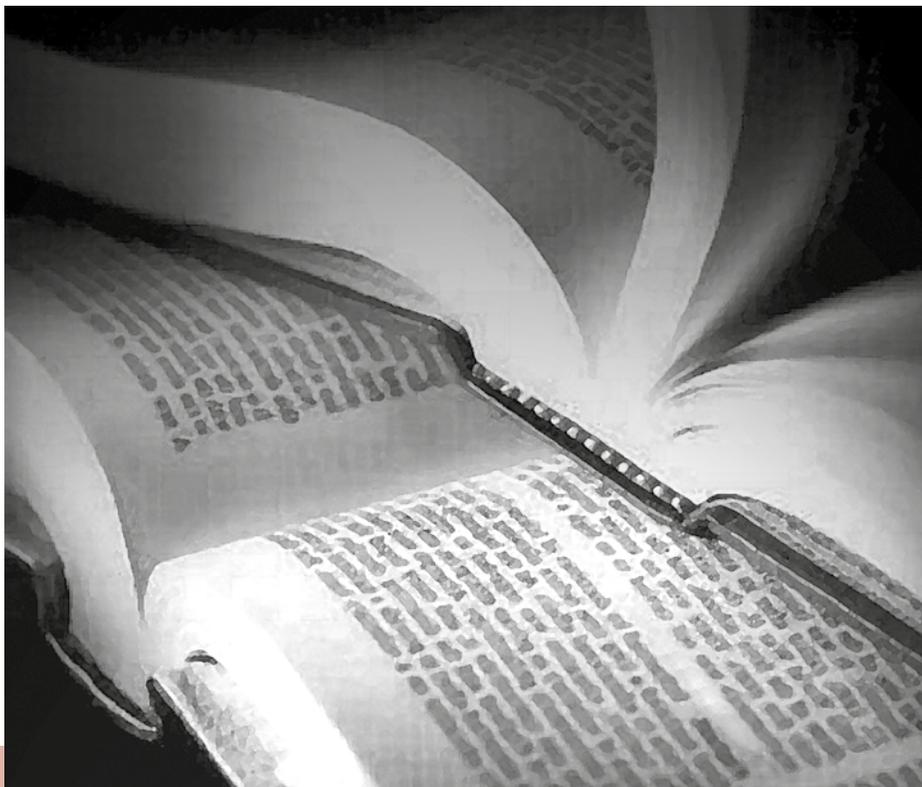
Desembargador Federal Vallisney de Souza Oliveira

Membros Suplentes

Juiz Federal Daniel Marchionatti Barbosa

Secretário-Geral

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



Parâmetros para uma teoria da decisão em conflitos socioambientais

Márcio Santoro Rocha

CONSELHO EDITORIAL DO CEJ

Presidente

Ministro Og Fernandes

Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Membros

Ministro Mauro Campbell Marques

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Luis Felipe Salomão

Superior Tribunal de Justiça

Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Saba Mendes

TRF da 1ª Região

Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

TRF da 2ª Região

Desembargador Federal Mairan Gonçalves Maia Júnior

TRF da 3ª Região

Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva

TRF da 4ª Região

Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior

TRF da 5ª Região

Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira

TRF da 5ª Região

Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim

em auxílio na Corregedoria-Geral da Justiça Federal

Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos

em auxílio na Corregedoria-Geral da Justiça Federal

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS

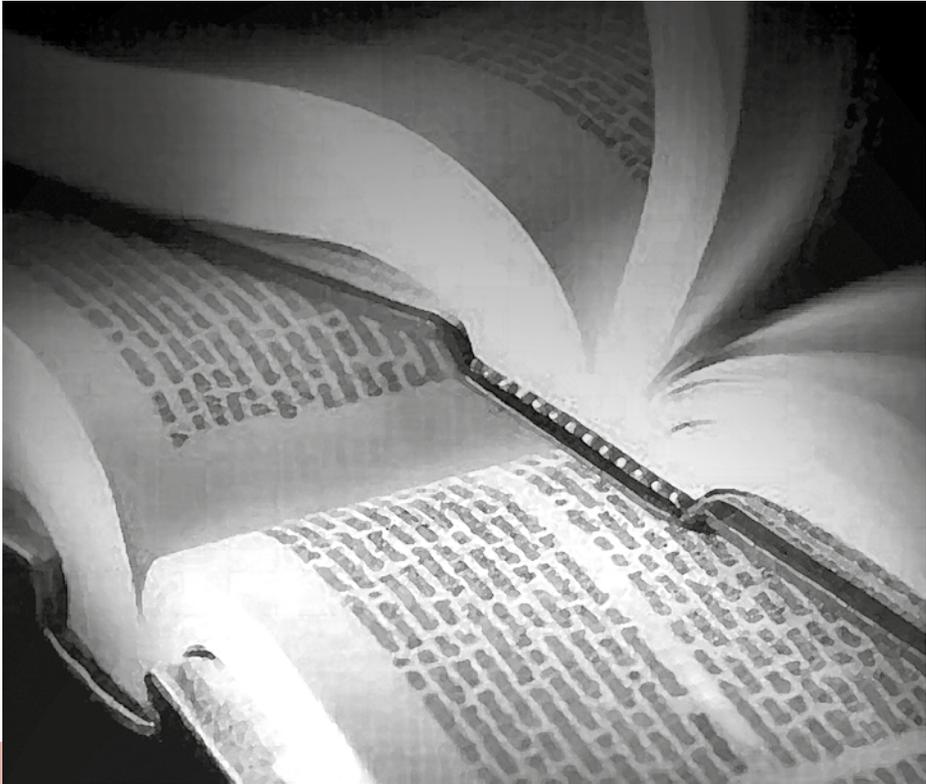
Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci

Universidade de São Paulo – USP/SP

Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Junior

Universidade de São Paulo – USP/SP

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



Parâmetros para uma teoria da decisão em conflitos socioambientais

Márcio Santoro Rocha

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2023

Tiragem: 1.500 exemplares.

Impresso no Brasil.

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que indicada a fonte.

As opiniões dos autores não refletem, necessariamente, a posição do Conselho da Justiça Federal.

EDITORAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ

Deyst Deyster Ferreira de Carvalho Caldas – Secretária

Divisão de Biblioteca e Editoração do CEJ – Dibie/CEJ

Maria Aparecida de Assis Marks – Diretora da Dibie/CEJ

Milra de Lucena Machado Amorim – Chefe da Seção de Editoração da Dibie/CEJ

Helder Marcelo Pereira – Seção de Editoração da Dibie/CEJ (diagramação)

Ana Paula Lucena Silva Candeas – Seção de Editoração da Dibie/CEJ

Telma Cristina Ikeda Gondo – Seção de Editoração da Dibie/CEJ

R672p

Rocha, Márcio Santoro.

Parâmetros para uma teoria da decisão em conflitos socioambientais / Márcio Santoro Rocha. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2023.

190 p. – (Série Monografias do CEJ ; v. 43).

Originalmente apresentado como dissertação (mestrado) – Universidade Federal Fluminense.

1. Teoria do direito. 2. Direito ambiental. 3. Desenvolvimento sustentável, Brasil. 4. Solução de conflito. 5. Dworkin, Ronald, 1931-2013. 6. Demarcação de terras, Brasil. 7. Terra Indígena Raposa Serra do Sol (RR). 8. Reserva indígena, aspectos constitucionais, Roraima. 9. Código Florestal (Lei 12651, 2012). 10. Brasil. Supremo Tribunal Federal, jurisprudência. I. Série.

CDU 349.3

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à minha amada esposa, Fernanda, pelo apoio e carinho, fundamentais na jornada da vida.

À minha filha Camille e ao meu enteado Pedro, pela felicidade do convívio, que torna a vida mais leve.

Ao meu irmão Maurício, exemplo de vida devotada ao estudo e ensino, que é minha grande fonte de inspiração para continuar sempre a estudar.

Aos meus pais Ruy e Wanda, pelo amor e pelos princípios de vida ensinados, em especial, a disciplina e a resiliência.

Aos meus colegas de turma do Mestrado do curso do Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense de 2017, pelo auxílio mútuo e amizade constante ao longo desta jornada.

Aos meus amigos Edson Celleguin e Vinicius Scarpi, pelo suporte e ensinamentos didáticos que me fizeram evoluir muito em termos de pensamento acadêmico.

Aos servidores da UFF registro meu agradecimento pela atenção, em especial a Leona, sempre solícita e competente, um exemplo de excelência no serviço público.

Aos imprescindíveis, competentes e incansáveis servidores da 1ª Vara Federal de Duque de Caxias, pelo apoio e aprendizado constante.

Também foram fundamentais os professores do Programa de Pós-Graduação. As bibliografias indicadas, aulas, discussões e conselhos acrescentaram muito aos meus conhecimentos e me instigaram a me aperfeiçoar e pesquisar. Os momentos vivenciados durante o curso foram extremamente enriquecedores e agradáveis, fazendo jus ao renomado Programa.

Dedico especial agradecimento à minha estimada orientadora, professora Claude Cohen. Sempre atenciosa e prestativa, enriqueceu muito esse trabalho com seus inestimáveis conhecimentos, sem os quais não seria possível realizar esta obra.

Por fim, agradeço ainda a todos aqueles que de qualquer forma, direta ou indiretamente, me ajudaram!

SOBRE O AUTOR

Márcio Santoro Rocha é Juiz Federal substituto desde 2015 junto ao TRF da 2ª Região. Foi advogado da União (2005-2015). Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – RJ.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO	23
2.1	Conceito de teoria da decisão	23
2.2	Positivismo, pós-positivismo e neoconstitucionalismo	30
2.3	Normas jurídicas: princípios, postulados e regras	42
2.4	Dworkin e os casos difíceis	55
3	TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE	69
3.1	Evolução histórica e conceitos fundamentais da tutela jurídica do meio ambiente no Brasil.....	69
3.2	Conflitos socioambientais, socioambientalismo e o panorama contemporâneo da legislação ambiental	88
3.3	Princípios do Direito Ambiental	95
3.3.1	Princípio do desenvolvimento sustentável	95
3.3.2	Princípios da precaução e da prevenção	102
3.3.3	O princípio da proibição de retrocesso ambiental.....	107
4	ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	111
4.1	Caso Raposa Serra do Sol (PET 3388 STF)	111
4.2	Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937 que impugnaram diversos dispositivos do novo Código Florestal (Lei n.12.651/2012)	143

3.3 Caminhando para a construção de uma teoria da decisão para conflitos socioambientais: dos parâmetros para parâmetros	159
CONCLUSÃO	173
REFERÊNCIAS	184

“É importante o modo como os juízes decidem os casos. É muito importante para as pessoas sem sorte, litigiosas, más ou santas o bastante para se verem diante do tribunal. Learned Hand, que foi um dos melhores e mais famosos juízes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos.”

(Ronald Dworkin)

1 Introdução

Vivemos em um mundo de recursos escassos e finitos, que abriga mais de 7 bilhões de seres humanos. Os padrões de consumo que mantemos, em especial nos países desenvolvidos e no seio das classes abastadas nos países periféricos, aumentam de forma assustadora a demanda por terras, matéria-prima, energia, água, entre tantos outros incontáveis recursos naturais. O apetite por recursos contrasta com a penúria daqueles que são excluídos ou ocupam posição marginal na sociedade de consumo, sendo a desigualdade na distribuição desses recursos uma das características mais marcantes dessa sociedade. Imensos contingentes de seres humanos sobrevivem de forma precária, pressionados por um crescimento econômico elevado à condição de dogma, que não enxerga mais fronteiras entre países, ideologias e culturas, e que na bus-

ca por seu contínuo incremento, expulsa camponeses de terras, descarta seres humanos em nome do progresso tecnológico, cria guerras, devasta florestas inteiras, polui rios, mares, envenena o ar e alimentos, dizima seres vivos. A natureza demonstra cada vez mais sinais de esgotamento, como se vê na morte de corais nos oceanos, drástica diminuição da biodiversidade em nível planetário e exaurimento de recursos naturais. O aquecimento global, acompanhado de desastres de todos os tipos por conta da alteração climática, talvez seja o mais grave dentre tantos sinais assustadores. Desponta no horizonte o momento em que não haverá possibilidade reversão dos rumos até aqui seguidos pela humanidade, havendo quem identifique no aquecimento global o prenúncio da 6ª extinção em massa de seres vivos no planeta (CEBALLOS et al., 2015), nos quais a espécie *Homo sapiens* pode se converter no papel simultâneo de autor e vítima.

Nesse cenário, desenha-se o aumento exponencial de conflitos socioambientais no mundo, caracterizados pela disputa entre seres humanos pelos – cada vez mais – escassos recursos naturais, colocando em confronto diferentes formas de apropriação de recursos e modos de convivência com o meio ambiente.

No Brasil, país que detém a maior reserva de biodiversidade do mundo e imensas áreas naturais ainda preservadas, configura-se um conflito potencialmente explosivo envolvendo essas áreas, interesses econômicos poderosos envolvidos na agropecuária, mineração, energia, especulação imobiliária, e a necessidade de sobrevivência de mais de 200 milhões de seres humanos, que, em grande parte, passam por privações de toda ordem, em um dos países que ostenta um dos maiores índices de desigualdade social planetária.

Deve se ressaltar, contudo, que esses conflitos não são novos em nossa história, sendo que o próprio “descobrimento” do Brasil inaugurou o início de um conflito socioambiental entre os conquistadores europeus e os povos indígenas que aqui habitavam de forma imemoriável. Conflito esse, frise-se, que perdura até hoje em diversas áreas deste imenso país continental.

Grande parte desses conflitos terminam por desaguar no Judiciário. Muito por conta de um fenômeno mais amplo que compreende toda a vida social pós-Constituição de 1988. Ao se trazer para o Texto Constitucional um feixe amplo de normas relativas à ordem econômica, social e ambien-

tal, muitas delas de natureza principiológica, o constituinte atraiu para o topo do sistema jurídico a preocupação com questões relativas a desenvolvimento e meio ambiente.

Mais do que o próprio texto constitucional nascente, uma grande mudança hermenêutica, sob influxo do denominado movimento neoconstitucionalista, inspirado pelo pós-positivismo, provocou uma mudança gradual e profunda na comunidade jurídica nacional acerca do próprio papel da Constituição enquanto instrumento jurídico dotado de efetividade, dando força normativa a seus princípios e valores. Essa nova forma de pensar e aplicar o Direito, que logo invade todos os seus campos, máxime considerando a prolixidade de nossa Constituição, que lança seus fundamentos sobre todos os ramos jurídicos, traz sobretudo a novidade da aplicação dos princípios como força vinculante, e não tão somente de regras. Os princípios saem de um espaço marginal deixado pelo positivismo clássico, como supressores de lacunas no ordenamento jurídico.

O problema que se coloca nesta dissertação é sobre os critérios que devem ser levados em conta para a construção de uma teoria da decisão que equalize a colisão dos direitos fundamentais e princípios envolvidos nos conflitos socioambientais, reduzindo o grau de indeterminação axiológica de tais escolhas, e trazendo uma resposta que leve em conta a integridade e coerência de todo ordenamento jurídico.

A fonte de inspiração para essa pesquisa veio da judicialização da saúde, onde já existe uma ampla gama de parâmetros expressos estabelecidos por julgados do Superior Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), além de enunciados de jornadas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que orientam o intérprete na solução de demandas sobre aquele tema. Partiu-se de um período pós-Constituição Federal de 1988, onde em um primeiro momento não havia diretrizes claras para a resolução dessas questões, que muitas vezes oscilavam entre dois extremos – ora tratar as normas de saúde da Constituição Federal (CF) como meramente programáticas, mas sem criar direitos subjetivos aptos a cobrar do Poder Público deveres correlatos consistentes em tratamentos, medicamentos, ora ao oposto, em conceder qualquer tratamento pleiteado baseado em um direito absoluto à saúde com base no art. 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)” –, para a criação de ver-

dadeiro *check list* que o julgador deve fazer ao se deparar com uma questão que envolva um determinado pedido relativo a uma prestação de ação de saúde, que se traduzem em enunciados claros. E isso só foi possível com uma aproximação interdisciplinar do Direito com as ciências da saúde, o que trouxe um filtro técnico e científico para as decisões. Assim, evita-se o desperdício de dinheiro público e até mesmo o risco de vida de pessoas com a concessão de medicamentos e tratamentos que não atendessem a critérios de eficácia comprovada, e também privilegiando as políticas públicas existentes, mas sem descurar do direito fundamental à vida e do acesso à saúde, criando mecanismos que assegurassem sua efetividade.

Os conflitos estudados neste trabalho são aquilo que a literatura jurídica denomina de casos difíceis (*hard cases*). Embora não haja um consenso sobre a definição desses casos difíceis, pode-se dizer, em termos gerais, que são aqueles nos quais as regras jurídicas existentes são insuficientes para solucioná-los, seja pela inexistência de regras cuja “moldura legal” se adeque à situação fática, seja porque a regra em tese aplicável conflita com outros valores, que tornem inaceitáveis o seu uso.

Levanta-se a hipótese de que o positivismo clássico tem limitações para a resolução dos conflitos socioambientais. A razão se centra na insuficiência de um modelo baseado primordialmente na aplicação de regras, e que promove a separação entre moral e direito, dar conta de casos difíceis, que devem, em razão da lacuna existente, ser solucionados com o uso de princípios e valores morais.

Também, adota-se a hipótese de que inexistem parâmetros seguros e uniformes atualmente sendo adotados pela jurisprudência no equacionamento do conflito entre tais direitos, levando a decisões que, ao invés de solucionar esses conflitos, criam mais instabilidade e indefinição, acabando por fomentá-los, e adotando muitas vezes critérios contraditórios, fruto do uso equivocado de princípios, que rompem a integridade e coerência que se espera do sistema jurídico.

Considera-se, outrossim, a hipótese de que um conhecimento interdisciplinar de ecologia, economia e desenvolvimento deva ser utilizado para a solução desses conflitos, em especial para a definição do conteúdo material dos princípios aplicáveis nesses casos difíceis.

Por fim, acredita-se ser possível avançar em parâmetros para uma

teoria da decisão específica para tais conflitos no cenário nacional, identificando os valores constitucionais subjacentes, e promovendo o alinhamento da literatura jurídica existente sobre teoria da decisão com o conhecimento interdisciplinar proposto, dando um norte mais seguro ao intérprete, e contribuindo, assim, para a pacificação social de acordo com a Constituição.

Divide-se o marco teórico-conceitual em dois grupos, um relativo à área jurídica, e outro a autores ligados à temática de desenvolvimento e economia.

No primeiro grupo, entre as inúmeras possibilidades de autores que se debruçam sobre o tema da teoria da decisão, adotou-se Dworkin como marco teórico-conceitual sobre o tema. Dworkin, em seu livro *Levando os Direitos a Sério* (2010), elabora uma teoria da decisão para casos difíceis (*hard cases*), com a criação de um fictício juiz chamado *Hércules*. Discordando da posição dos positivistas, cujo expoente do período, para o autor, era Hart, Dworkin se opõe à tese do poder discricionário dos juízes para justificar a tomada de decisão naqueles casos. Procurou estabelecer uma linha argumentativa para justificar o direito de uma parte ganhar um caso. Essa teoria, de feições políticas liberais, e, portanto, perfeitamente compatível com a ordem democrática brasileira, irá ser aprimorada em suas obras posteriores, como *O império do direito* (2014) e *Uma questão de princípio* (2000).

Ávila, por sua vez, traz importantes reflexões ao se debruçar sobre o tema *Princípios*, elaborando obra de referência – *Teoria dos Princípios* (2006) – sobre definição e aplicação dos princípios jurídicos. A obra traz ensinamentos que aprimoram a reflexão sobre esse tema ultimada por Dworkin, e por isso foi adotado como marco-teórico para tratar das diferentes espécies normativas. Nessa obra e em outras, como *Teoria da Segurança Jurídica*, haverá profunda reflexão sobre os diferentes tipos de normas (princípios, regras, postulados normativos), as diferentes formas de aplicação de acordo com a sua espécie, e como resolver conflitos e colisões na aplicação daquelas. Aprofunda a teoria, e traz ensinamentos que são eminentemente práticos para equacionar os diversos questionamentos que ocorrem na aplicação de normas, inclusive estabelecendo procedimentos para resolvê-los, diminuindo a arbitrariedade no manejo daquelas.

Teoria da decisão, positivismo, pós-positivismo, neoconstitucionalismo, princípios, regras, postulados e a teoria da decisão de Dworkin para

os casos difíceis serão tratados no primeiro capítulo da dissertação.

Mas, esta pesquisa, conforme alertado anteriormente, não se propõe a se dar no campo exclusivo da Teoria do Direito, e aqui se busca um diferencial qualitativo de uma análise teórico-abstrata jurídica descolada dos aspectos do campo da vida humana nos quais os conflitos socioambientais são travados, a exemplo do grande salto epistemológico que se deu na resolução de conflitos na esfera da judicialização da saúde ao se trazer um acúmulo teórico da própria área sanitária.

É inegável que, para compreender tais conflitos, o intérprete deva ir além do campo estritamente jurídico, buscando conhecimentos interdisciplinares relacionados a desenvolvimento e meio ambiente. A Constituição, ao trazer um capítulo sobre meio ambiente (e toda a legislação ambiental infraconstitucional), não o fez descolada do contexto histórico-científico de amadurecimento da questão, operando-se sob a influência de diferentes correntes de pensamento, que culminaram em uma pluralidade de princípios e regras, muitas vezes colidentes entre si, resultantes da complexidade da temática ambiental, que envolve diversos interesses, muitos antagônicos entre si. O tema é diretamente intrincado com a economia e o desenvolvimento, tendo pontos de contato com as mais diversas questões sociais (moradia, direitos de indígenas e populações tradicionais, saúde etc.). A fim de manejar todo o arcabouço de princípios e regras que envolvem essa complexa questão, é fundamental compreender, portanto, o alcance e sentido desses, pois justamente a partir daí será possível estabelecer parâmetros decisórios que sirvam, senão de roteiro, ao menos como um norte a guiar o intérprete na atividade de solucionar esses conflitos multifatoriais.

A questão “desenvolvimento e meio ambiente” – em torno da qual girará a pesquisa a ser desenvolvida no campo extrajurídico –, terá alguns autores como referenciais teóricos. Serão utilizados os ensinamentos de Sachs, um dos grandes teóricos do ecodesenvolvimento, hoje identificado com o termo *desenvolvimento sustentável*, com vastas pesquisas sobre desenvolvimento em países de terceiro mundo. Outro autor importante no aprofundamento teórico é Latouche, teórico do decrescimento, que faz uma profunda crítica sobre a ideologia do crescimento ilimitado e acrítico que permeia o *mainstream* no campo da economia – tanto à esquerda como

à direita, tanto no campo socialista como no neoliberal. Outra referência no estudo desenvolvido será Martinez-Alier, em especial ao estudar as lutas sociais que envolvem o ecologismo, descortinando, também, as diferentes concepções ideológicas desse movimento, e de como essas visões irão implicar uma prescrição diversa para tratamento da relação do meio ambiente com o ser humano. Será um autor especialmente importante para que seja possível compreender como diversas normas aparentemente antagônicas permeiam o trato da matéria ambiental no nosso ordenamento jurídico, pois são frutos dessa pluralidade de pensamento que perpassou – e subsiste até hoje – no movimento ecologista.

Essa abordagem, tratando dos conceitos fundamentais de ecologismo, desenvolvimento e economia, em conjunto com uma revisão da tutela jurídica ambiental, será feita ao longo do capítulo 3 da dissertação, no qual se desenvolverá, de forma integrada, o estudo sobre a evolução histórica da tutela jurídica do meio ambiente no Brasil. Ao ser colonizado por Portugal, o Brasil já nasce regido por leis de natureza ambiental daquele país. Ainda sem sistematicidade até praticamente as últimas décadas do século XX, a tutela jurídica do meio ambiente irá observar uma lenta e longa evolução no curso da história do Brasil. Para se compreender a evolução histórica da tutela jurídica do meio ambiente no Brasil, contudo, não basta a análise isolada dessas leis, como muitas vezes pecam os manuais clássicos de Direito. É preciso contextualizá-las com o panorama histórico-social que serviu de substrato para seu surgimento, a fim de se abstrair seu real alcance e sentido na realidade social. Estudar-se-á, também, o fundamento ético das normas ambientais, e como a Constituição Federal disciplina a questão. Serão vistos os principais princípios jurídicos que envolvem o direito ambiental. Tratar-se-á, ainda, do próprio conceito de conflitos socioambientais.

Após, no capítulo 4, será feita a análise crítica de dois julgados do STF, baseado no conhecimento produzido nos capítulos 2 e 3. Elegeram-se julgados do STF e não de outro tribunal, por se tratar do topo da pirâmide do Poder Judiciário nacional, cuja influência se expande, muitas vezes de forma vinculativa, como no caso do controle concentrado de constitucionalidade, até todas as demais esferas do Judiciário.

Primeiramente, selecionou-se o julgamento da Raposa Serra do Sol (PET

3388 STF). O processo judicial que decidiu pela manutenção da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, foi um marco na jurisprudência do STF ao adotar 19 salvaguardas, que podem ser consideradas critérios ou parâmetros para conflitos análogos. Elas representam uma série de questões que são fundamentais para se entender o *estado da arte* acerca do entendimento da Suprema Corte nacional sobre a questão indígena. A questão indígena é umbilicalmente ligada à questão ambiental, considerando o ambiente natural como indissociável daquele necessário para preservar sua cultura e garantir sua subsistência de acordo com seus costumes imemoráveis, caracterizando um típico conflito socioambiental. Em especial nessas salvaguardas, é descortinada de forma bastante clara a influência de diversas correntes que perpassam as grandes temáticas envolvendo ecologia e desenvolvimento, e por isso guarda grande pertinência para um estudo acerca de parâmetros a serem observados em conflitos dessa espécie.

O outro caso escolhido refere-se às ações de controle concentrado de constitucionalidade que questionaram o Código Florestal. O STF concluiu recentemente o julgamento do conjunto das cinco ações que discutiam dispositivos do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012): a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902 e 4903 foram ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República (PGR), e a ADI 4937 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para questionar diversos dispositivos constantes do novo Código Florestal. Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42 foi ajuizada pelo Partido Progressista (PP) para defender a constitucionalidade da lei. A escolha desse caso se dá porque, a partir dele, pode-se discutir como equacionou o STF as diferentes visões sobre desenvolvimento e meio ambiente, representadas no recente Código Florestal. Embora não se trate de um conflito socioambiental concreto, é um julgado relevante para se compreender como a Suprema Corte do país tem entendido a temática sobre a questão, que será decisiva na solução dos conflitos concretos.

Ao final do capítulo, pretende-se traçar linhas iniciais para a construção de parâmetros que possam servir à construção de uma teoria da decisão adequada para conflitos socioambientais. Aqui, buscar-se-á contar

com os ensinamentos sobre teoria da decisão abordados anteriormente, além dos estudos sobre desenvolvimento e meio ambiente e seu reflexo na tutela jurídica ambiental, procurando realizar uma síntese entre esses dois campos, objetivo desta pesquisa.

Longe de qualquer pretensão de uma resposta definitiva irrealista, trata-se de um passo rumo à proposta de sistematização dos parâmetros decisórios a serem observados pelo julgador em conflitos socioambientais, a fim de que possam ser produzidas decisões *sustentáveis*.

2 Elementos para uma teoria da decisão

2.1 Conceito de teoria da decisão

Ao iniciar a abordagem sobre o tema, é fundamental delimitar o conceito de teoria da decisão tratado neste trabalho. Não se trata de uma teoria da decisão em qualquer setor da vida (administrativo, econômico etc.), mas restrito ao campo jurídico. No campo jurídico, por sua vez, pretende-se cingir ao espaço judicial, haja vista que os conflitos socioambientais podem, em tese, ser resolvidos na esfera administrativa (em decisões, por exemplo, de um órgão da Administração Pública, como o ICM-Bio), ou ainda através da arbitragem, que vem se consolidando como uma forma alternativa bastante promissora de solução de conflitos, inclusive de caráter ambiental.

O tema, *teoria da decisão judicial*, possui diferentes for-

mas de abordagem, contendo diferentes subteorias em si: uma teoria da controvérsia, que estabeleça os parâmetros que os juízes devem seguir para solucionar os casos difíceis, e uma teoria da jurisdição, que justifique a razão pela qual os juízes – e não outros grupos ou instituições – devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia (DWORKIN, 2010).

Neste trabalho, o foco é a análise da teoria da controvérsia, adotando-se a nomenclatura utilizada por Dworkin. O objetivo principal é responder à singela, porém complexa, pergunta: “*como os tribunais decidem as ações judiciais difíceis ou controversas?*” (DWORKIN, 2010, p.6)

A resposta à citada pergunta está longe de ser simplória. Pode-se abordar o tema, por sua vez, sobre diferentes enfoques, desde uma análise racional-discursiva a uma análise cognitiva-comportamental (HORTA, 2016). A primeira literatura, trata a decisão judicial a partir de um enfoque interpretativo ou argumentativo. Seus autores e discussões filiam-se às tradições da Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica, Hermenêutica Jurídica e Constitucional. De acordo com essa visão, por “decisão”, denomina-se o discurso ou pronunciamento de justificação de uma sentença ou acórdão. O objeto são os argumentos utilizados para se decidir. Por sua vez, a “racionalidade” da decisão é um conceito ligado aos parâmetros ou critérios com os quais se procederá a análise da sua correção, ou seja, como se pode indicar que uma decisão é melhor do que outra. Para essa tradição, um estudo empírico sobre a decisão judicial envolve a coleta de julgados, e sua análise está voltada para os argumentos ou fundamentos que são utilizados para justificar àquela. A segunda literatura, cuja origem remonta aos Estados Unidos, analisa a decisão enquanto “comportamento judicial” – entendido como os atores inseridos num determinado contexto institucional atuam. Essa linha tem grande conexão com a Ciência Política. Sua gênese remonta à vertente norte-americana do Realismo Jurídico e seus proponentes se contrapõem ao que denominam “Formalismo”, o qual seria a concepção do direito como fonte primordial das decisões jurídicas. O “direito” ocupa posição secundária e marginal, sendo apenas o discurso de justificação aparente, mero disfarce para preferências político-ideológicas ou pessoais externadas pelos julgadores, em especial ao tratar de casos difíceis. A terceira literatura, por sua vez, é a mais recente delas, embora seu instrumental tenha décadas de desenvolvimento enquanto campo geral de “Psicologia da

Decisão” ou simplesmente “Julgamento e Tomada de Decisão” (*Judgment and Decision Making*). Os métodos de pesquisa têm origem na Psicologia Social, nas Ciências Cognitivas e nas Neurociências. Aqui, a “decisão” é compreendida como a escolha de um curso de ação, influenciado por processos cognitivos implícitos ou inconscientes do qual, portanto, o seu tomador não tem controle total. Essa linha se dedica a demonstrar os limites às pretensões de racionalidade, tão caras outrora ao iluminismo e à modernidade. O “direito”, para esses estudiosos, é uma justificação *a posteriori* para o resultado de processos extrajurídicos de decisão – como, de resto, são todos os discursos que visam a construir as narrativas utilizadas por pessoas para situar a si próprias no contexto social e para buscar conforto cognitivo ao confirmar suas crenças pré-existentes (HORTA, 2016).

Nesta dissertação o foco de estudo será o enfoque interpretativo ou argumentativo, analisando-se o *discurso* da decisão judicial. Como se *constrói* e se *legitima* uma decisão judicial. Discutir-se-á, ao longo desse trabalho, também, se existe *uma* decisão *correta* para casos difíceis.

O movimento caracterizado como *realismo jurídico*, que se enquadra na segunda corrente da classificação anterior – decisão como comportamento judicial – possui uma visão cética quanto aquilo que os juízes fazem ao decidir, buscando um prisma diverso de análise, não calcado naquilo que os juízes declarariam fazer, mas no que efetivamente fazem, ou seja, analisa o *ser*, não o *deve ser* da construção da decisão judicial:

No início deste século [refere-se ao século XX], John Chipman Gray e, mais tarde, Oliver Wendell Holmes publicaram apresentações céticas do processo judicial, desmascarando a doutrina ortodoxa segundo a qual competia aos juízes apenas aplicar as regras existentes. Essa abordagem cética foi ampliada nos anos 20 e 30, transformando-se no poderoso movimento intelectual denominado “realismo legal”. Seus líderes (Jerome Frank, Karl Llewelyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen, entre outros) argumentavam que a teoria ortodoxa fracassara pelo fato de ter adotado uma abordagem doutrinária da teoria do direito, tentando descrever o que os juízes fazem concentrando-se apenas nas regras que eles mencionavam nas suas decisões. Trata-se de um erro, argumentavam os realistas, pois na verdade os juízes tomam as suas decisões de

acordo com as suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização. Os realistas exigiam uma abordagem “científica” que se fixasse naquilo que os juízes fazem e não naquilo que eles dizem, bem como no impacto real que suas decisões têm sobre a comunidade mais ampla.

(...)

Essa abordagem trata o juiz, por exemplo, não como um oráculo de doutrina, mas como um homem que responde a diferentes tipos de estímulos sociais e pessoais. Alguns juristas, como Jerome Frank e o próprio Pound, tentaram realizar esse tipo de estudo, mas descobriram que os juristas não possuem o treinamento ou o equipamento estatístico necessário para descrever instituições complexas de um modo que não seja introspectivo ou limitado. Com isso, a teoria do direito sociológica tornou-se o domínio dos sociólogos. (DWORKIN, 2010, p. 6-7).

Para os realistas, assim como para a literatura mais recente da “Psicologia da Decisão”, portanto, a fundamentação da decisão ocupa um papel secundário, haja vista que outros elementos levariam o juiz a tomar uma decisão, e não uma obediência a normas jurídicas e precedentes, que dariam uma roupagem técnica à decisão previamente tomada:

Mas o que parece realmente diferenciar os realistas dos demais teóricos do direito é a atitude no momento de decidir. Para os realistas, os juízes reagem primeiramente aos fatos. Em outras palavras, os juízes tomam decisões com base naquilo que pensam ser mais adequado, de acordo com os fatos do caso, e não de acordo com a lei aplicável. Enquanto que para o formalismo jurídico os juízes respondem primeiramente ao estímulo das regras de direito, para os realistas, os juízes respondem primeiramente ao estímulo dos fatos. Com isso se quer afirmar que materiais legais oficiais como leis e precedentes fornecem aos juízes razões legais para decidir, mas quando os juízes se colocam diante de questões não muito claras, eles possuem razões extralegis para julgar (NOJIRI, 2017).

A abordagem do realismo jurídico, contudo, não dá respostas à *justificação* da decisão judicial. Não se trata de uma questão abstrata ou de cunho especulatório, mas antes entrelaçada com a *legitimidade* (ALEXY, 2001) de tais decisões de acordo com a ordem jurídica existente.

A questão da justificação tem consequências importantes, pois afeta não somente a extensão da autoridade judicial, mas coloca em xeque a obrigação moral e política do indivíduo de obedecer ao direito criado pelo juiz. Afeta também os fundamentos com base nos quais se pode fazer a crítica de uma decisão controversa (DWORKIN, 2010), seja no próprio campo jurídico (por exemplo, em um recurso a um Tribunal), seja no campo político (na relação institucional entre os diversos Poderes, ou ainda no exercício de crítica ínsito à cidadania quanto aos atos do Poder Judiciário que extrapolem sua esfera de competência constitucional ou o desviem de seu compromisso de respeitar a Constituição).

A importância na análise argumentativa-racional está na verificação se de fato os juízes estão seguindo as *regras do jogo*, procedendo-se a uma crítica juridicamente fundamentada, pois não se deve admitir que simplesmente estas não existam em uma ordem democrática regida sob o primado de uma Constituição. É o que enfatiza Streck:

Há muitos anos venho sustentando que uma decisão judicial não pode ser uma escolha — e daí a minha crítica ao livre convencimento e teses “aliadas”. No campo do direito, diz-se que “não adianta”, “isso é assim mesmo”. Aliás, que a decisão judicial seja (simples) escolha voluntário-ideológica parece ser uma tese que é também recebida com “naturalidade” no campo filosófico. Por isso, trago de novo um artigo do filósofo Helio Schwartzman, publicado na *Folha de S. Paulo* intitulado *As cabeças dos juízes*. Diz ele, depois de falar nos *swing justices* (juízes pêndulos) de que fala a literatura norte-americana: “Em tribunais, bem como em Parlamentos e na sociedade, a distribuição de opiniões costuma ser mais ou menos equilibrada. Formam-se dois grupos...”. E por aí vai.

Estranho que o filósofo Schwartzman pense que uma decisão judicial é uma (mera) opinião... Pior: parece que, para ele, uma decisão de tribunal tem o mesmo caráter de esco-

Iha política feita pelos parlamentos. Ora, uma decisão não Lé escolha. Há responsabilidade política do julgador. Há, no mundo, vasta literatura sobre isso. Aliás, a grande luta das teorias contemporâneas é encontrar modos de controlar as decisões judiciais, que, de modo algum, podem ser manifestações e produtos da razão prática... Schwartsman não andou bem nessa, ao “naturalizar” algo que temos que combater. Ou seja, a nação não pode ser refém da opinião pessoal de um ministro. Se ele decide conforme seu gosto, esta(re)mos lascados. Pode até ser que seja assim que acontece... Mas não deve ser assim! Não fosse isso, os franceses não teriam fundado a Escola da Exegese. E nem os alemães teriam fundado a Jurisprudência dos Conceitos. E nem Habermas teria escrito sua obra... E nem Dworkin... Bem, não é preciso continuar (STRECK, 2014)

E também o próprio Dworkin, mencionado por Streck (2014) no artigo acima:

Assim os sociólogos como Glendon Schubert, C. Herman Prichett e Stuart Nagel voltaram-se para questões que pareciam mais precisas e relacionadas entre si: os juízes com origens econômicas e políticas específicas ou oriundos de tipos específicos de práticas jurídicas, ou adeptos de sistemas de valores específicos, ou com afiliações políticas específicas, tendem a decidir em favor de réus com as mesmas origens sociais e institucionais? Os juízes da Suprema Corte formam blocos que se mantêm unidos quando têm de decidir casos que envolvem raça, sindicatos ou trustes? Essas questões empíricas parecem relevantes, porque e a origem social ou as lealdades preexistentes determinam a decisão de um juiz, isso sugere que ele não está seguindo regras.

Mas na verdade essa informação, embora interessante e útil para outros propósitos, lança pouca luz sobre as matérias de princípio que inspiraram a questão original. Os juristas não precisam de provas para mostrar que os juízes divergem e que suas decisões com frequência refletem sua formação e seu temperamento. Contudo, estão confusos quanto a se isso significa que os juízes divergem no tocante à natureza

e ao núcleo dos princípios jurídicos fundamentais ou se isso demonstra que não existem tais princípios. A primeira alternativa conta com um argumento em favor de que os juízes estão tentando seguir regras, da maneira como as encaram, e de que aqueles que discordam de suas decisões podem, ainda assim, estar certos a respeito da lei. No caso da segunda alternativa estamos diante de um argumento absurdo, como afirmei anteriormente. (DWORKIN, 2010, p. 10)

Há várias teorias voltadas para a decisão judicial que se preocupam com a sua justificação (análise racional-discursiva). Não há uniformidade de posicionamento quanto ao conteúdo e, fundamentalmente, quanto à resposta a ser adotada em uma decisão proferida em processo judicial. Mesmo quanto à própria possibilidade de se dar **uma resposta correta**.

Resumindo, a pretensão de correção que se propõe no discurso jurídico é uma pretensão não só *limitada*, no sentido de que se efetua sob as exigências assinaladas pela lei, a dogmática e os precedentes (e, em geral, sob os limites das regras do discurso jurídico), como também *relativa* aos participantes do discurso (no sentido de que o resultado depende deles, e, portanto, de suas convicções normativas), a um determinado momento temporal (o resultado do discurso pode ser diferente no tempo t1 e no tempo t2), e além disso, o procedimento não pode, na maioria dos casos, ser realizado na prática (cf. Alexy, 1985b, p. 47 e segs.; 1988c, p. 27 e segs.; 1988b, p. 61-2).

Mas essas dificuldades, na opinião de Alexy, não desacreditam em absoluto a teoria do discurso. Em primeiro lugar, porque o fato de respostas diferentes serem possíveis discursivamente não significa que *todas* sejam possíveis. O procedimento discursivo cumpre pelo menos uma função negativa: a de assinalar limites que não podem ser ultrapassados. E, por outro lado, sustentar a tese de que há uma única resposta correta – à maneira, por exemplo, de Dworkin (1977, 1985 e 1986) – é julgado um equívoco por Alexy, pois, para ele, seria preciso sustentar também uma teoria *forte* dos princípios “eu contivesse, além de todos os princípios do sistema jurídico

em questão, todas as relações de prioridade abstratas e concretas entre eles, e por isso determinasse univocamente a decisão em cada um dos casos” (ALEXY, 1988d, p.145) (ATIENZA, 2016, p. 214-215)

Entre os vários autores que se debruçam sobre o tema, neste trabalho se optou por Dworkin. A escolha do autor não foi arbitrária. Dworkin, inicialmente em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, datada de 1977, elabora uma teoria original, de feições político-liberais, e portanto, plenamente compatível com nossa ordem constitucional, para solucionar os chamados *casos difíceis* (*hard cases*), nos quais não existe uma resposta à questão judicializada que se encaixe adequadamente às regras existentes, em uma relação de subsunção, ou quando essa se mostre incompatível com outros valores jurídicos. Posteriormente, essa teoria será aperfeiçoada em seus livros subsequentes. Insurge-se contra a resposta dada pelos positivistas de relegar a solução de tais casos à discricionariedade judicial. Para tanto, retirará os princípios de uma posição marginal no ordenamento jurídico, meramente subsidiária, para um protagonismo normativo, emparelhado com as regras em termos de força normativa. Faz uma leitura moral do direito, rompendo com a separação pregada entre positivistas entre direito e moral. Uma moral, frise-se, que não se confunde com um sentimento particular de uma pessoa, mas comum e compartilhada pela comunidade.

Para o estudo de sua teoria, se passará, a seguir, em breve revista os conceitos de positivismo, pós-positivismo e neoconstitucionalismo, fundamentais para explicar a mudança de paradigma para a argumentação jurídica. Após, abordar-se-á a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero “norma”. Por fim, se aprofundará no estudo da teoria de Dworkin para solução de *casos difíceis*.

2.2 Positivismo, pós-positivismo e neoconstitucionalismo

O positivismo jurídico nasce sob os auspícios da filosofia positivista, criada ao longo do século XIX, fruto de uma crença no conhecimento científico como fonte de todo o conhecimento humano. No campo jurídico, o positivismo buscará um método científico que permita uma ciência *neutra*,

objetiva, à semelhança das ciências exatas ou naturais. Numerosas teorias foram criadas sob influência dessa escola, que dominou o mundo jurídico durante o século XX. Os principais autores clássicos do juspositivismo são Kelsen e Hart. Bobbio também foi outro autor importante nessa linha jusfilosófica, contudo sob um viés crítico (BARROSO, 2011). O ponto em comum entre todas as teorias positivistas é a *tese da separação*.

O conceito de direito deve ser definido sem a inclusão de qualquer elemento moral. Assim, restam a uma teoria positivista somente dois elementos que a definem: a legalidade autoritativa e a eficácia social. As variantes do positivismo jurídico resultam de diferentes interpretações e atribuições de pesos a esses elementos decisórios (ALEXY, 2015).

Para os positivistas, enfatizando essa rígida separação entre Direito e Moral, *qualquer conteúdo pode ser direito*, na célebre frase de Kelsen:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada — em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. (KELSEN, 1991, p.210)

Não se deve perder de vista que o contexto histórico em que surge o positivismo jurídico é de rompimento com o *jusnaturalismo*, escola jurídica que engloba várias vertentes e autores ao longo da história, tais como Aristóteles, Tomás de Aquino, Hobbes, Rousseau, Locke, etc (BARROSO, 2011), cuja principal característica era de admitir a existência de um direito natural anterior ao direito positivo criado pelo homem, e que, além de anterior, era o elemento validador deste. A *fonte* desse direito natural varia conforme o momento histórico das diversas escolas, podendo ser extraída da natureza, religião, racionalidade etc. Não por coincidência, o jusnaturalismo foi a fonte inspiradora das Declaração do Homem e do Cidadão e da Declaração de Direitos de Virgínia, que surgiram no contexto da Revolução Francesa (1789) e da Independência Americana (1776), respectivamente. Nesse sentido, a ideia de existência de direitos inatos

ao homem enquanto ser dotado de razão e vontade, como contraponto ao direito natural fundado em uma ordem divina, era o ponto fundamental para justificar a superação da velha ordem do Estado absolutista monárquico pela nascente ordem burguesa, fundada na racionalidade iluminista. Contudo, ao conquistar o poder político, a burguesia para se consolidar necessita de um novo fundamento para ordem jurídica, que preserve seus direitos e consolide sua posição de poder. O positivismo jurídico emerge nesse contexto histórico, servindo como base jurídica para o Estado liberal-burguês nascente.

Kelsen, e os positivistas em geral, buscam a separação dos aspectos morais, sociológicos e religiosos, circunscrevendo o direito às normas jurídicas emanadas pelo Estado (lei). O positivismo jurídico rejeita qualquer direito que não seja aquele explicitamente determinado pela legislação, entendida aqui em um sentido amplo, e considera o direito natural metafísico e anticientífico.

O positivismo pode ser dividido em duas fases (STRECK, 2011). Em primeiro lugar, há o que se pode chamar de positivismo exegético ou legalista. A questão de interpretação do direito cingia-se à correspondência lógica dos signos constantes do código. É conhecida a expressão de Montesquieu “juiz boca da lei”, que traduz com perfeição o ideal que animava os positivistas nessa fase inicial na França, onde, diversamente do que se operou nos Estados Unidos, os juízes eram vistos com extrema desconfiança – visto que no antigo regime eles foram um dos sustentáculos do poder absolutista monárquico, agindo com arbitrariedade e em benefício da nobreza e do clero. Era, assim, necessário assegurar o poder do parlamento, de onde se irradiaria a vontade do povo, sem deixar brechas que pudessem ser usadas por representantes do *ancien régime*, violando a rígida separação de poderes estabelecida pela nova ordem. Em 1804, Napoleão outorga o Código Civil, que será um dos mais influentes códigos legais da história, inspirando diversos sistemas legais ao redor do mundo. Nasce com a pretensão de reunir em um só documento toda as leis civis do Estado, com a aspiração utópica de se constituir em um sistema fechado e completo.

Em um segundo momento, esse engessamento será abrandado, na fase denominada de positivismo normativista. Nessa fase, o problema da indeterminação se aguçará. O pano de fundo histórico é o agigantamento do

poder regulatório do Estado ocorrido na primeira metade do século XX, que torna cada vez mais clara a insuficiência de modelos sintáticos-semânticos de interpretação da codificação para dar frente a demandas de complexidade jurídica frequente. O grande expoente que surgirá nessa corrente é Kelsen (LIMA, 2018), que substitui a ideia de soberano pela de norma fundamental, que será o fundamento final do direito, justificando a validade da norma constitucional originária. Cada norma buscará sua validade em outra norma, até chegar à norma fundamental, em uma relação crescente de hierarquia. Há uma cisão entre direito (fato) e ciência do direito que irá determinar seu conceito de interpretação, separando interpretação como ato de vontade e como ato de conhecimento. A primeira resulta em normas no instante em que é aplicada. A descrição dessas normas, por sua vez, de forma objetiva e neutra, produzirá proposições (ato de conhecimento). As normas, que são produzidas por ato de vontade, terão um espaço de conformação no qual transitará aquele que interpreta. Daí surge a figura da “moldura da norma”. Ou seja, a interpretação no nível concreto de sua aplicação abre espaço, assim, para a discricionariedade do intérprete no âmbito desse espaço de indeterminação do sentido do direito.

O pós-positivismo surgirá em um contexto de realocação da ética e da moral como preocupações centrais do direito. Entre os autores pioneiros dessa nova corrente, destacam-se Rawls, Dworkin e Alexy (BARROSO, 2011). O principal a se destacar nessa nova corrente é a reintrodução das ideias de justiça e legitimidade (BARROSO, 2011):

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sob o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre o Direito e a Ética.

Gradativamente, diversas formulações antes dispersas ganham unidade e consistência, ao mesmo tempo em que se desenvolve o esforço teórico que procura transformar o avanço filosó-

fico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos. O discurso acerca dos princípios da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade. (BARROSO, 2003, p. 291)

Os não-positivistas defendem a *tese da conexão* (ALEXY, 2015), ou seja, o conceito de direito deve estar atrelado a aspectos morais. Colocam-se, então, os seguintes questionamentos: “deve-se existir ou dever-se-ia existir uma correspondência de conteúdo entre normas do direito e da moral, e se é tarefa do direito garantir o comportamento moral” (ALEXY, 2015, p. 271). Para os não positivistas, a *pretensão de correção material do Direito* enlaça uma conexão necessária entre o direito e moral (ALEXY, 2015).

O positivismo jurídico conceitua a natureza do Direito quanto à sua dimensão real ou factual, através dos elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social (ALEXY, 2015). Contudo, a racionalidade das decisões judiciais circunscrita a um sistema fechado e lógico de regras jurídicas é insuficiente para a prática jurídica. Quando se fala em racionalidade da decisão judicial, deve-se fazer referência não só à certeza do Direito (segurança jurídica), mas também à correção da resposta judicial (aceitabilidade racional ou justiça da decisão judicial), ou seja, à sua dimensão ideal, negada pelo positivismo:

[...]o problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção. (HABERMAS, 1997, vol. 1, p. 247)

A insuficiência prática do positivismo se dá em especial naqueles casos em que não há uma resposta fechada no ordenamento (“textura aberta” das normas, nos dizeres de Hart), mas não só, também quando o

direito positivo leve a uma decisão injusta, isto é, conflitante com valores morais considerados aceitos pela comunidade:

A decisão a ser tomada em uma tal esfera “aberta” é a decisão de uma questão normativa que não pode se basear em padrões do direito positivo, pois, caso ela pudesse se basear em tais padrões, ela não seria uma decisão em uma esfera “aberta”. Se ela deve se basear em um padrão qualquer, ou seja, se ela não deve ser uma decisão arbitrária, o que contradiria a pretensão de correção, ela deve se basear em outros padrões normativos. Decisões jurídicas frequentemente dizem respeito a questões de distribuição e compensação. Questões que versam sobre a distribuição e a compensação corretas são questões de justiça, pois a justiça não é nada mais que a correção na destruição e na compensação. Questões de justiça são, contudo, questões morais. Nesse sentido, a textura aberta do direito, considerada em conjunto com a natureza das questões jurídicas, implica que a pretensão de correção levantada na produção de decisões jurídicas necessariamente se refere não só à dimensão real ou factual, mas também à dimensão ideal ou crítica. Isso se aplica mesmo nos casos em que o material autoritativo, por exemplo, a letra de uma lei, permite não mais que uma decisão, uma decisão que é injusta. Em tais casos, ou a pretensão de correção equivale à pretensão de que é moralmente justificado aderir a uma lei injusta por razões que se referem ao valor moral da legalidade ou ela conduz à pretensão de que é moralmente justificado fazer uma exceção à lei e talvez até declará-la inválida com base no fato de, nesse caso, a justiça prevalecer sobre o valor moral da legalidade. Isso mostra que a pretensão de correção do direito sempre se refere não só a fatos sociais, mas também à moralidade. (ALEXY, 2015, p. 306-307)

Poder-se-ia lançar uma objeção à pretensão de correção argumentando-se que juízos morais são sempre de natureza subjetiva, variando de pessoa para pessoa, e por tal razão descambar-se-ia à irracionalidade. Nesse sentido, serão desenvolvidas diversas teorias. Para Habermas, que apesar de se encontrar no campo positivista, tem uma visão crítica, a resposta correta deve acontecer de modo discursivo. A corrente procedimentalista (ou

discursivo-procedimental), cujo representante mais famoso é Alexy, defende que a correção se dará pelo procedimento argumentativo engendrado. Para as doutrinas procedimentais, não existe um teor material a ser perseguido, havendo uma valorização de aspectos procedimentais e de participação democrática em oposição a parâmetros substanciais de atuação:

A teoria do discurso é uma teoria procedimental da racionalidade prática. De acordo com a teoria do discurso uma proposição prática ou normativa é correta (ou verdadeira) se e somente se ela pode ser o resultado de um discurso prático racional. As condições da racionalidade discursiva podem ser explicitadas através de um sistema de princípios, regras e formas do discurso prático geral. Esse sistema compreende regras que exigem não-contradição, clareza de linguagem, certeza das suposições empíricas e sinceridade, bem como regras e formas que dizem respeito a consequências, ponderações, universalizabilidade e à gênese de convicções normativas. O núcleo procedimental consiste em regras que garantem liberdade e igualdade no discurso, através da concessão a todos do direito de participar do discurso e de questionar e defender qualquer afirmação. (ALEXY, 2015, p. 308-309)

Assim, o discurso jurídico tratar-se-á de “um caso especial do discurso prático geral porque ele está comprometido com a lei, o precedente e a dogmática. Esses compromissos representam o lado real ou autoritativo do discurso jurídico” (ALEXY, 2015, p. 319). *Discurso prático geral* ou *razão prática* está ligado ao conceito desenvolvido por Kant, que trata da possibilidade de fundamentação racional de princípios da justiça e da moralidade, negando a vertente que defende se tratar de conceitos subjetivistas desfechos de controle ou definição pela razão:

De uma forma um pouco mais analítica: trata-se de um uso da razão voltado para o estabelecimento de padrões racionais para a ação humana. A razão prática é concebida em contraste com a razão teórica. Um teórico da razão caracteriza-se pelo conhecimento de objetos, não pela criação de normas. O positivismo só acreditava na possibilidade da razão teórica. Por

isso, as teorias positivistas do Direito entendiam ser papel da ciência do Direito apenas descrever o Direito tal qual posto pelo Estado, não justificar normas, operação que não seria passível de racionalização metodológica. É por isso que, por exemplo, para Kelsen, não cabia à ciência do Direito dizer qual a melhor interpretação dentre as que são facultadas por determinado texto normativo. Tal atividade exibiria natureza eminentemente política, e sempre demandaria uma escolha não passível de justificação em termos racionais. O pós-positivismo, ao reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica, propõe justamente a possibilidade de se definir racionalmente a norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, que não se limitam à mera atividade de conhecer textos normativos. (BARROSO, 2011, p. 271)

Segundo as diversas teorias da argumentação jurídica, que tem Alexy como uma das principais influências, os princípios ocupam um papel central, e não como no positivismo clássico meramente supridores de lacunas na lei (*rectius* no sistema de regras), sob a denominação de “princípios gerais do direito”, ao lado da analogia e costume, conforme ainda hoje encontra-se previsto no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942).

Tais princípios, que se constituem para Alexy em *mandados de otimização*, devem ser hierarquizados axiologicamente nos *hard cases*, resolvendo-se o conflito por meio de ponderação, o que será abordado com maior profundidade no próximo subitem deste capítulo. A questão que se coloca é: *como será feita essa operação?* “Ou seja, o cerne da problemática está na continuidade da ‘delegação’ em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa ‘escolha’ subjetiva” (STRECK, 2011, p. 232). Permanece, portanto, na ponderação, o problema da discricionariedade da solução a ser dada pelo juiz, como no positivismo. Tal fato inclusive é reconhecido por importantes adeptos da teoria da argumentação de Alexy, como Pietro Sanchís e Manuel Atienza (STRECK, 2011). Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso seguem a mesma linha, sustentando que figuras jurídicas como cláusulas abertas, princípios e conceitos indeterminados envolvem a discricionariedade do intérprete (STRECK, 2011).

É possível (e necessário), contudo, dizer que uma interpretação é

correta. Trata-se uma exigência contra decisionismos, o que é inadmissível em um sistema democrático. Para Dworkin (2010), a conclusão de que os princípios integram o direito explica o direito tal como praticado, e mais: apresenta uma justificação moral para as decisões judiciais. Todas as proposições de direito envolvem um juízo de valor (moralidade). O direito seria, destarte, um conceito interpretativo, cuja compreensão envolve um esforço de integração dos pronunciamentos judiciais ao conjunto de valores partilhados pela comunidade. É a *integridade do direito* e sua reconstrução que devem dar as condições corretas para essa resposta. Trata-se, pois, de uma resposta *substancial*, e não meramente procedimental.

Para Dworkin (2014), nos casos difíceis, os princípios não são criados por quem aplica, nem dados previamente em um plano abstrato. Os princípios serão os recursos da razão para evitar o uso de regras “esterilizadas” que se choquem com os princípios instituidores. Os princípios saem da marginalidade para ocupar um papel central e legitimador da decisão judicial, trazendo consigo uma filosofia prática. Nas teorias procedimentais ocorre uma cisão entre regra e princípio, entretanto uma regra não existe isoladamente (STRECK, 2011). Em Dworkin (2014) a integridade está diretamente ligada à democracia, criando o dever que juízes construam argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, tratando-se de uma virtude política ao lado de outras igualmente importantes, como justiça e equidade. Por trás de cada regra haverá sempre um princípio constitucional instituidor, e não se conceberá a aplicação de uma regra em contradição com esse princípio, evitando-se a aplicação abusiva do direito.

Os princípios funcionam, assim, em uma blindagem contra arbitrariedades, e não como um espaço decisório discricionário na insuficiência de cobertura de regras, repetindo com contornos diferentes a velha fórmula dos *princípios gerais de direito* supletivos de lacunas. “O direito como integridade *coloca limites à atividade do juiz*” (STRECK, 2011, p. 318, grifos do autor). O direito é reconstruído em cada aplicação, verificando o intérprete como se decidiam casos similares. Confronta-se a jurisprudência com as práticas sociais existentes, que são contingentes e podem estabelecer novos paradigmas que justificarão, desde que devidamente fundamentadas, mudanças no entendimento sem rompimento da cadeia de integridade do sistema.

A teoria desenvolvida por Dworkin traz, portanto, uma valorização da

interdisciplinariedade e da doutrina jurídica (STRECK, 2011, p. 319), pois a existência de integridade do sistema será o seu cerne e não é dada *a priori* pela simples aplicação de regras ou ponderação de princípios conforme complexas teorias discursivo-procedimentais – que na maioria das vezes são completamente desconhecidas dos intérpretes do direito: “(...) pouquíssimos juristas leram uma única vez um livro sobre a matéria e seguramente muitos ignoram por completo a existência de algo próximo a uma ‘teoria da argumentação’” (ATIENZA, 2016, p. 1).

O pós-positivismo, acompanhado desse emaranhado de diferentes e por vezes contraditórias influências teóricas, influenciará todo o Direito, sendo, dessa maneira, o *marco filosófico* do *novo direito constitucional* (ou *neoconstitucionalismo*) (BARROSO, 2011). O neoconstitucionalismo, movimento que surgirá, portanto, no pós-guerra, e que ainda está presente no nosso contexto atual, buscará reconstruir as bases do constitucionalismo. Influenciado pelo pós-positivismo, traz a valorização dos princípios, imbuídos de força normativa na nova hermenêutica constitucional. A institucionalização da moral no direito se dá nas Constituições compromissório-sociais (STRECK, 2011). O direito incorpora o conteúdo moral, passando a ter um caráter *transformador* (e não meramente conservador) da ordem social. Assim, a reintrodução do conceito de *moral* e a busca por um direito *justo*, valorizando os direitos fundamentais, em especial da dignidade da pessoa humana, está inter-relacionada:

O novo direito constitucional, fruto das transformações narradas neste capítulo, tem sido referido, por diversos autores, pela designação de *neoconstitucionalismo*. O termo significa, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. Dentro dessas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas. Há quem questione a efetiva novidade dessas ideias, assim como seus postulados teóricos e ideológicos. Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa

de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca do equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções. (BARROSO, 2011, p. 288-289)

Pode-se sumarizar o *marco teórico do neoconstitucionalismo* em três elementos: a) força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional (BARROSO, 2011).

A força normativa da Constituição implica que seus preceitos sejam dotados de *status* de norma jurídica, e não reduzidos a carta política de intenções, despida de qualquer obrigatoriedade, cuja implementação ficava a cargo da discricionariedade do administrador e ao humor do legislador, vedada a aplicação direta de seus preceitos pelo Judiciário. Embora hoje tal ideia se encontre bastante enraizada em nosso Direito, não é despidendo lembrar que tal debate apenas foi introduzido no Brasil na década de 80 (BARROSO, 2011).

A expansão da jurisdição constitucional é inspirada no modelo dos Estados Unidos da América (EUA) de supremacia da Constituição, rompendo com a tradição de preponderância do Poder Legislativo em voga até metade do século XX na maior parte da Europa. No Brasil, embora existente de forma incidental desde a Constituição de 1891, irá se ampliar com a CF de 1988, especialmente com a expansão de legitimados para propor ações no controle concentrado, ações estas que também foram diversificadas, ampliando as hipóteses de controle:

A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário.

[...]

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato

e concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. (BARROSO, 2011, p. 285-286)

A nova interpretação constitucional será decisivamente influenciada pelo pós-positivismo. Com a conferência aos princípios do *status* de norma jurídica, considerando que sua aplicação se dá de maneira diversa daquela anteriormente adotada como meramente elemento supletivo de lacunas, torna-se necessária a elaboração de uma nova teoria da decisão para seu manejo. **No modelo institucional contemporâneo a Constituição tornou-se o centro por onde os princípios gravitam.** Além disso, há a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais. Na teoria constitucional, foram desenvolvidos diversos métodos de interpretação constitucional. Sobre o plano teórico ou metodológico, cumpre destacar que:

(...) compreende a construção racional da decisão, o itinerário lógico percorrido entre a apresentação do problema e a formulação da solução. Nele se contém, em última análise, a definição do papel desempenhado pelo sistema normativo, pelos fatos e pelo intérprete no raciocínio empreendido. Não se trata da filosofia da interpretação, em sua reflexão sobre si mesma e sobre a essência das coisas, mas dos diferentes métodos – “caminhos para chegar a um fim” – que procuram demonstrar a racionalidade e a adequação da argumentação desenvolvida em relação às categorias e às práticas reconhecidas pelo Direito. (BARROSO, 2011, p. 297)

Dentro desses métodos está a leitura moral da Constituição elaborada

por Dworkin, que será utilizada como marco teórico-conceitual neste trabalho.

Ressalte-se que há, ainda, teorias da corrente do pragmatismo que apostam que o juiz é o protagonista que resolverá e solucionará todos os casos a partir de raciocínios finalistas. Para esses autores, teorias morais operam apenas sobre a formulação do direito, mas não sobre sua aplicação. Há várias subcategorias, como aquela, muito em voga atualmente, da análise econômica do direito, inaugurada por Posner (2012). Tais teorias, contudo, devem ser rechaçadas por serem fundamentalmente antidemocráticas, não dando resposta à principal questão que é a *legitimidade democrática do direito*, com a superação do decisionismo, mas, ao revés, o ampliam.

2.3 Normas jurídicas: princípios, postulados e regras

Conforme se abordou anteriormente, o pós-positivismo tem como uma de suas características a conferência de *força normativa* aos princípios. A maleabilidade dos princípios e sua textura aberta é fundamental para a resolução dos *casos difíceis*, tratando-se de um antecedente lógico o seu estudo. Mas não só. É também o elemento central para a busca de um Direito *justo*, inclusive podendo afastar, de forma excepcional, regras que produzam soluções inaceitáveis, de acordo com os valores dados por esses princípios, no caso concreto. Mas exatamente por essa flexibilidade o uso dos princípios deve ser estudado de forma mais profunda e aplicado com critérios objetivos. Caso contrário, com o subjetivismo, corre-se o perigo de se transformar, ao invés de um instrumento de realização de justiça, em um elemento produtor de insegurança jurídica e de arbitrariedades. É importante observar, ainda, que a própria distinção quanto à forma de aplicação de regras e princípios é mais fluída do que se comumente pensa, havendo sensíveis diferenças de conceitos e formas de aplicação entre os diversos autores que compõem a corrente chamada de *pós-positivista*.

Diversos autores propuseram definições e distinções para normas jurídicas – inclusive Dworkin, que é um dos principais marcos teórico-conceituais deste trabalho. No entanto, muito se evoluiu na literatura desde que Dworkin, nos idos dos anos 70 e 80 do século passado, escreveu so-

bre princípios e sua diferenciação de regras. Por tal razão, optou-se neste trabalho pela classificação e conceituação adotada por Ávila, que é considerado atualmente uma das maiores autoridades no assunto, possuindo obra de referência sobre o tema – *Teoria dos princípios* (2006), cuja aceitação transcende à literatura jurídica nacional. O autor, após analisar os principais critérios de distinções adotados, conceitua princípios e regras da seguinte forma, *verbis*:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre controlada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correção entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2006, p. 78-79).

Ávila elabora um quadro esquemático (tabela 1), cujo desenho ora se reproduz, em razão de sua concisão e auxílio didático:

Tabela 1: Distinção entre princípios e regras

	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção da conduta descrita.
Dever mediato	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância.

Fonte: Ávila (2006, p. 78).

Há, como se observa do quadro esquemático demonstrado, uma inversão de deveres imediatos/mediatos no que concerne à adoção de conduta, conforme se trate de regras ou princípios. Ao se conceituar “princípios” como o dever imediato de promoção de um estado ideal de coisas, quer se dizer que os princípios têm em si uma orientação, apontam um caminho a seguir e trazem em si o dever mediato de se adotar uma conduta para que se cheguem a esses fins. Porém, o conteúdo desse comportamento não está definido *a priori*, ao contrário do que ocorre com as regras. Estas, por sua vez, descrevem objetos e exigem daqueles aos quais se dirigem, enquanto dever imediato, conduta determinada; e daqueles que as aplicam, por sua vez, um exame de correspondência entre a conduta e a descrição normativa. Diversamente, pois, dos princípios, visto que estes não exigem um exame de correspondência, mas de correlação (ÁVILA, 2006). Há, contudo, e o que é central para o pensamento de Dworkin, uma necessidade (dever mediato) de manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores. Ou seja, nessa quadra da história é impensável a aplicação “cega” de regras, que teriam validade em abstrato, quando sua aplicação concreta representar ofensa aos princípios (sejam os que a instituíram, sejam princípios superiores, o que no nosso ordenamento diz respeito a princípios constitucionais).

Princípios e regras são espécies de normas – e nenhuma delas se confunde com dispositivo. “Norma é um conceito interpretativo” (STRECK, 2011, p. 559). Uma norma pode ser a conjugação de diversos dispositivos (ou textos):

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre houver dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2006, p. 30).

Exemplificando, a caça de um animal silvestre sem permissão, licença ou autorização da autoridade competente será crime, sujeito à pena de

detenção, de seis meses a um ano, e multa, nos termos do art. 29 da Lei n. 9.605/1998. Se um determinado indivíduo agir em estado de necessidade (cf. art. 23, I, do CP), abatendo um animal silvestre, sem qualquer licença para tanto, a fim de matar a sua fome ao se encontrar perdido em uma floresta, o fato não se constituirá crime. A conjugação entre esses dois dispositivos resultará na seguinte regra (norma, pois): “a caça de animal silvestre sem permissão, licença ou autorização da autoridade competente não se constitui em um injusto penal quando o caçador age em estado de necessidade”, conjugando, assim, dois dispositivos, mas se constituindo em uma única regra.

Por sua vez, diversos princípios podem ser abstraídos da interpretação de dispositivos ou julgados, e não necessariamente de seu enunciado expresso (o que, frise-se, também pode, por sua vez, ocorrer, como o princípio da legalidade – art. 37, *caput*, da CF – tratando-se de uma característica do constitucionalismo contemporâneo a posituação, muitas vezes de forma expressa, de princípios morais. Mais uma vez exemplificando, o art. 14 da Lei n. 6.938/1981 prevê:

Art. 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º – Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Do mencionado dispositivo legal (entre outros presentes na legislação), extrai-se o *princípio do poluidor-pagador*, que traz consigo a ideia de que os danos ambientais deverão ser imputados e reparados, na modalidade de responsabilidade objetiva (sem culpa), por aquele que promove

a degradação ambiental. Não houve, no caso, a declaração *formal* desse princípio na lei, submetido a um “teste de *pedigree*” ou exame de validade formal. Ele foi retirado da interpretação deste dispositivo legal seguidamente ultimada pelos tribunais no país e chancelada pela doutrina, ou seja, *foi incorporado à prática jurídica institucional*.

No que concerne à aplicação de cada uma das espécies de normas, comportar-se-ão diferenças, que serão primeiramente expostas de acordo com a teoria dominante no direito.

É recorrente a afirmação de que as regras são aplicadas na lógica do *tudo ou nada*, em conhecida expressão utilizada por Dworkin em seu livro *Levando direitos a sério* (2010). Se se aplica uma regra, exclui-se daquela situação eventuais regras em sentido contrário. Não se pode, assim, proceder-se à combinação de regras, o que implicaria, em verdade, na criação de uma *nova* regra¹. Outra relevante distinção ocorre no que concerne ao raciocínio jurídico subsuntivo utilizado em sua aplicação². Extrai-se a regra da norma (premissa normativa – ex.: furto, pena de 1 a 4 anos), e o fato se submete à hipótese normativa, procedendo-se ao seu enquadramento legal, portanto (A subtrai tênis de B, A estará sujeito à pena de 1 a 4 anos por furto). Já os princípios, em razão de sua natureza de vetores axiológicos do sistema jurídico, são aplicados por meio da *ponderação*, atribuindo, no caso concreto, a dimensão de peso a cada um deles, sem que cada um perca sua validade. Alexy é um dos mais importantes teóricos sobre o assunto, sendo relevante expor sua concepção acerca dos princípios e sua forma de aplicação:

A base da teoria dos princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Regras são normas que exigem algo determinado. Elas são *comandos definitivos*. A sua forma de

1 Nesse sentido a Súmula n. 501 do STJ: cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis. Quando se fala em combinação de leis, o que se visa, mais propriamente, é evitar a *combinação de regras que não guardem uma relação de complementação lógica entre si*, como no exemplo que expusemos anteriormente.

2 Para Humberto Ávila, excepcionalmente as regras podem ser objeto de ponderação, eis que também envolvem valores (ÁVILA, Humberto, 2006).

aplicação é a subsunção. Em contraste, princípios são *comandos de otimização*. Como tais, eles exigem “que algo seja realizado na maior medida possível, dada as possibilidades jurídico-fáticas”. Deixando-se as regras de lado, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente pelos princípios colidentes. Por essa razão, princípios, considerados separadamente, sempre compreendem comandos *prima facie*. A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativamente às exigências de outros princípios é feita através da ponderação. Assim, a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios (ALEXY, 2014, p. 5).

Alexy (2014) elabora uma refinada técnica para aplicação da ponderação, expressa na seguinte fórmula: $W_{i,j} = \frac{I_i W_i R_i}{I_j W_j R_j}$, onde as grandezas tem o seguinte significado: $W_{i,j}$ – peso concreto do princípio com relação ao princípio colidente Alexy explica sua arrojada fórmula:

A fórmula do peso define esse peso concreto como o quociente dos três fatores que estão, pode-se dizer, em cada lado da ponderação. I_i e I_j possuem importância especial. I_i representa a intensidade da interferência em P_i . I_j representa a importância do cumprimento do princípio colidente P_j . I_i também pode ser compreendida como intensidade de interferência, ou seja, intensidade interferência em P_i através da não interferência em P_j . W_i e W_j representam os pesos abstratos dos princípios colidentes P_i e P_j . Quando os pesos abstratos são iguais, o que frequentemente ocorre em colisões de direitos fundamentais, eles se anulam reciprocamente.

I_i e I_j , bem como W_i e W_j , dizem respeito à dimensão material da ponderação. R_i e R_j possuem um caráter completamente diferente. Eles se referem à certeza das suposições empíricas e normativas que dizem respeito, em primeiro lugar e sobretudo, à questão de quão intensa é a interferência em P_i e quão intensa a interferência em P_j seria se a interferência em P_j fosse omitida. Além disso, a certeza das suposições empíricas e normativas pode também se relacionar à classificação dos pesos abstratos, ou seja, a W_i e W_j . O ponto decisivo é que a certeza é um fator que não se refere a coisas, em nosso caso à intensidade da interferência e aos pesos abstratos, ou seja,

ela não é um fator ôntico. Ela é antes um fator que se refere ao conhecimento das coisas, ou seja, um fator epistêmico. Essa distinção entre fatores ônticos e epistêmicos se revelará de extrema importância para a teoria dos princípios formais e para a discricionariedade legislativa (ALEXY, 2014, p. 7-9).

Ávila (2006), no entanto, refuta esse recorte rígido quanto a regras e princípios no que concerne ao peso, bem como a forma de aplicação. Analisando criticamente essa concepção – que chama de *distinção forte entre princípios e regras*, tratando-se da teoria moderna do Direito Público –, enfatiza que o *peso* não é dado aprioristicamente pela natureza da norma (princípio ou regra), mas pela *decisão* no caso concreto que está, por sua vez, sujeita à valoração do aplicador. E a ponderação diz respeito não apenas aos princípios, mas às regras também, isso porque qualquer norma poderá ser afastada no caso concreto de acordo com a argumentação do aplicador. A forma de ponderação é que seria diversa. Ávila afirma que “(...) toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação. As regras não fogem a esse padrão, na medida em que se submetem tanto a uma ponderação interna quanto a uma ponderação externa” (ÁVILA, 2006, p. 88).

A ponderação interna ocorre no confronto entre as várias interpretações possíveis do alcance e sentido da regra. Exemplo: o conceito de atividade de risco para aferir a subsunção à regra de responsabilidade objetiva contida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, pode levar o intérprete a chegar a diferentes resultados. Por sua vez, haverá ponderação externa quando duas regras colidam no caso concreto (embora de forma abstrata se mostrem harmônicas entre si), sem que a resolução implique a lógica do “tudo ou nada”, ou seja, a prevalência total de uma regra em detrimento de outra. Como exemplo, a regra que proíbe a condenação da Fazenda Pública a pagar valores em Juízo antes do trânsito em julgado de uma condenação, e a regra que determina que será concedida tutela de urgência para evitar dano grave ou de difícil reparação. Em um caso concreto pode levar, por exemplo, à ponderação, com a possibilidade de constrição de valores para pagamento de remédios ou tratamentos em demandas de saúde no curso do processo, no caso da resistência do ente estatal a cumprir a medida judicial, o que é pacificamente aceito pela

jurisprudência. Note-se, a regra que veda o pagamento antes da formação da coisa julgada material não foi afastada abstratamente, mas no caso concreto em razão de outra regra em um juízo de ponderação. Ressalte-se que Dworkin não desconsiderava a íntima relação entre regras e princípios, o que fica evidenciado ao rebater Raz:

Na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perder-se ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios (DWORKIN, 2010, p. 122).

Para Dworkin (2010), contudo, quando o Tribunal decide sobre a manutenção de uma determinada regra, o que ele faz não é comparar o peso de dada regra com um conjunto de princípios, *mas entre conjuntos de princípios*, inclusive aqueles servidos pela regra.

Por sua vez, Streck (2011) enfatiza que as regras não se realizam sem os princípios. As regras são formas de se responder objetivamente conflitos, entretanto essa solução só se dará dessa forma se a resposta a ser dada concretamente estiver adequada ao princípio que lhe dê legitimação, tornando clara a ideia de que a norma é concretizada, isto é, surge no caso concreto, e não em uma relação ideal (e irreal) de separação entre sujeito-objeto.

Os princípios, por sua vez, estabelecem *fins* a serem buscados. “Quanto menos específico for esse fim, menos controlável será sua realização.” (Ávila, 2006, p. 92). Por isso, é fundamental ao intérprete buscar relacionar os dispositivos existentes (em especial na Constituição) para tentar diminuir sua fluidez, restringindo o alcance de sua aplicação. *Concretamente, deve-se substituir o fim aberto por condutas específicas voltadas à realização do princípio.* Ou seja, devem ser estabelecidos *parâmetros* para a realização desse princípio.

Um método para se descobrir esses princípios ensinados por Ávila (2006) consiste na análise de casos paradigmáticos da jurisprudência, analisando a existência de um problema comum que aproxime casos diversos, e daí verificar os valores que foram o substrato da solução adotada.

Trata-se da mesma ideia existente no conceito de *integridade* desenvolvida por Dworkin, que defende os esforços na busca por uma história institucional do direito coerente, extraindo-se daí os princípios aplicados pelos tribunais e que possam ser utilizados em casos similares. O seu desiderato perpassa sempre pela busca da *concretização dos ideais encarnados pelos princípios*, sendo a coerência e integridade da história institucional do direito elementos centrais para esse fim.

Quanto à eficácia, os princípios atuam sobre as demais normas de maneira direta e indireta, e podem ainda ter eficácia interna e externa (ÁVILA, 2006).

A eficácia direta ocorre quando é aplicado sem a intermediação de um outro princípio ou regra. Por exemplo, se não há regra expressa que proíba que a banca de um concurso possua membros com parentesco próximo de candidatos, ainda assim, isso não será possível de acordo com o princípio da impessoalidade. Quanto à eficácia indireta, há várias funções: delimitam normas mais amplas (sobreprincípios); em razão inversa, os sobreprincípios têm a função interpretativa sobre as normas mais restritas; há, ainda, a função bloqueadora. Nesse caso, não há propriamente ponderação, mas o afastamento de uma regra expressa. Mais uma vez, socorre-se à indispensável obra de Ávila:

Em terceiro lugar, os princípios exercem uma *função bloqueadora*, porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido. Por exemplo, se há uma regra prevendo a abertura do prazo, mas o prazo previsto é insuficiente para garantir efetiva proteção aos direitos do cidadão, um prazo adequado deverá ser garantido em razão da eficácia bloqueadora do devido processo legal (ÁVILA, 2006, p. 98)

O afastamento de uma regra em um caso concreto é medida excepcional. O legislador, ao estabelecer uma regra, faz uma pré-decisão de conflitos futuros, sem o ângulo de abertura próprio dos princípios. A regra pacifica as relações sociais, desempenhando "(...)uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais" (ÁVILA, 2006, p. 98).

A superabilidade de regras, irá, portanto, exigir um esforço argumentativo elevado, o que não se encontra em qualquer contradição com a teoria de Dworkin para solução de *hard cases*, eis que esta evita justamente o decisionismo inscrito em decisões discricionárias, sem, contudo, conferir um ar de sacralidade às regras, que teriam validade em abstrato desconsiderando o mundo real dos fatos, e descoladas de qualquer valor moral encarnados pelos princípios. vila propõe um modelo bidimensional para superação de regras, conjugando requisitos de ordem material e procedimental. Quanto aos requisitos materiais leciona:

(...) o grau de resistência de uma regra  superação está vinculado tanto  promoção do valor subjacente  regra (valor substancial específico) quanto  realização do valor formal subjacente às regras (valor formal de segurança jurídica). E o grau de promoção do valor *segurança* está relacionado à possibilidade de reaparecimento frequente de situação similar. Conjugando-se esses fatores, pode-se afirmar que a resistência  superação de uma regra será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica para sua interpretação. A segurança jurídica será tanto mais importante, em primeiro lugar, quanto maior for o valor sobrejacente do princípio da segurança para a interpretação da matéria veiculada pela regra. Isso ocorre, por exemplo, nos setores do ordenamento jurídico em que o princípio da segurança jurídica exerce papel primordial, como no Direito Penal e no Direito Tributário. Nesses campos, a padronização é importante, devendo a rigidez ser tanto mais importante quanto maior for a veiculação desse valor sobrejacente com o valor sobrejacente  regra. Isso surge quando o princípio da segurança jurídica é importante para o setor no qual a regra se insere e a finalidade subjacente  regra está relacionada com a promoção da segurança (ÁVILA, 2006, p. 118).

Quanto aos requisitos *procedimentais*, estabeleceu-se que a superação de uma regra deverá ter, primeiramente, uma justificativa coerente. Primeiro, demonstrando-se a incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade intrínseca. É preciso demonstrar que aquilo que a hipótese da regra estabelece é diverso do que a finalidade exige. Após, deve-se demonstrar que o seu afastamento não ocasionará abalo expressivo da

segurança jurídica. A superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral. Em segundo lugar, a superação de uma regra deverá ter uma fundamentação pertinente, ou seja, é necessário exteriorizar, de modo racional e transparente, as razões que permitem a superação. Finalmente, a superação de uma regra deverá ter uma comprovação condizente, não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovadas por meios de prova adequados, como documentos, perícias ou estatísticas (ÁVILA, 2006).

E, ressalte-se, não se reduzirá essa operação a uma mera ponderação, distinguindo-se assim da simples ponderação entre princípios subjacentes às regras que Dworkin defende:

A superação até envolve uma ponderação entre esses princípios, mas uma ponderação diferente daquela existente no caso de ponderação direta entre princípios constitucionais colidentes. Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise de sua repercussão para a maioria dos casos. A decisão individualizante de superar uma regra deve sempre levar em conta seu impacto para aplicação das regras em geral. A superação de *uma regra* depende da aplicabilidade geral *das regras* e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual (ÁVILA, 2006, p. 119).

Acerca da eficácia externa, as normas jurídicas (regras e princípios) atuam sobre a valoração dos fatos e provas: “não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente (ÁVILA, 2006, p. 99).

Os postulados normativos, por sua vez, não se confundem com princípios e regras. Trata-se de *metanormas* ou *normas de segundo grau*, funcionando como elementos estruturantes da aplicação de outras normas, razão pela qual não se encaixam na categoria de princípios ou regras:

As normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são o objetivo da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas (ÁVILA, 2006, p. 124-125).

Os postulados se dividem em específicos ou inespecíficos. O que irá diferenciá-los será a existência (ou não) de *critérios orientadores da aplicação*.

Os postulados não funcionam todos da mesma forma. Alguns postulados são aplicáveis independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento. Como será demonstrado, a ponderação exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) e não indica como deve ser feito esse sopesamento. Os elementos e critérios não são específicos. A concordância prática funciona de modo semelhante: exige-se a harmonização entre elementos, sem dizer qual a espécie desses elementos. Os elementos a serem objeto de harmonização são indeterminados. A proibição de excesso também estabelece que a realização de um elemento não pode resultar na aniquilação de outro. Os elementos a serem objeto de preservação mínima não são indicados. Da mesma forma, o postulado da otimização estabelece que determinados elementos devem ser maximizados, sem dizer quais, nem como.

Nessas hipóteses os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos, sem especificar, porém, quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles. São postulados normativos eminentemente formais. Constituem-se, pois, em meras ideias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação, razão pela qual são denominados, neste estudo, de postulados inespecíficos (ou incondicionais).

A aplicação de outros postulados já depende da existência de determinados elementos e é pautada por determinados crité-

rios. A igualdade somente é aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (sujeitos, critério de discrimen e finalidade). A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim).

Nessas hipóteses, os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos específicos, com critérios que devem orientar a relação entre eles. Também são postulados normativos formais, mas relacionados a elementos com espécies determinadas, razão pela qual são denominados, neste estudo, de postulados específicos (ou condicionais). (ÁVILA, 2006, p. 129-130).

Ávila (2006) elenca quais postulados comporiam cada uma dessas espécies de postulados. Entre os *postulados inespecíficos*, enumera a *ponderação*, *concordância prática* e a *proibição de excesso*. Já os *postulados específicos* são os seguintes: *igualdade*, *razoabilidade* e *proporcionalidade*.

É importante salientar que não se trata de uma classificação estática. A *igualdade*, por exemplo, poderá ser considerada *regra*, *princípio* ou *postulado* a depender da forma como for utilizada:

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação a aplicação do Direito em função de elementos (critérios de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim) (ÁVILA, 2006, p. 137).

Feita essa análise – ainda que breve para a magnitude do assunto

– pode-se passar em revista mais aprofundada a teoria de decisão de Dworkin, já pincelada nas seções anteriores, para resolução de casos difíceis. É importante que fique claro que os conceitos de normas jurídicas aqui expostos representam uma sensível diferença – e aparentemente avanço – em muitas das concepções que Dworkin sobre o tema. Ademais, o que aqui se tratou foge da compreensão que grande parte dos operadores do direito tem sobre princípios e regras, uma vez que há a tendência a se buscar uma diferenciação *forte* entre regras e princípios, que, como se demonstrou, não resiste a um exame mais aprofundado e ao confronto com a realidade da vida.

2.4 Dworkin e os casos difíceis

Dworkin em sua primeira obra, lançada em 1977, *Levando os Direitos a Sério* (2010) trata fundamentalmente (e declaradamente) da definição e defesa de uma “teoria liberal do Direito” (DWORKIN, 2010, p. VII). Assim, extrai-se seu viés eminentemente normativo, comprometido com uma orientação político-liberal, que perpassará por toda sua construção dogmática. Ao se adotar tal teoria neste trabalho, não se o faz de forma arbitrária, mas porque se acredita que guarda plena compatibilidade com uma Constituição democrática, como a do Brasil, que coloca a liberdade e a igualdade como pedras fundamentais da ordem jurídica.

As distinções que Dworkin utilizará – regras e princípios; políticas e princípios; o papel do Judiciário como foro dos princípios – estarão todas ligadas ao ideário político liberal. Ademais, Dworkin propõe uma teoria alternativa a que então considerava dominante, que mesclava duas partes:

A primeira parte é uma teoria sobre o que é o direito: em linguagem menos dramática, trata-se de uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica. Esta é a teoria do positivismo jurídico, que sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais que isso. A segunda parte é uma teoria acerca do que o direito deve ser

e sobre o modo como as instituições jurídicas que nos são familiares deveriam comportar-se. Essa é a teoria do utilitarismo, que sustenta que o direito e suas instituições deveriam estar a serviço do bem-estar geral e tão somente isso. As duas partes da teoria dominante derivam da filosofia de Jeremy Bentham (DWORKIN, 2010, p. VII-VIII).

Para Dworkin (2010), uma teoria do direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. Sua parte normativa deve conter uma *teoria da legislação*, da *decisão judicial* e da *observância da lei*. Essas três teorias tratam das questões normativas do direito, a partir da perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão comum. A parte da teoria geral do Direito que mais interessa a esta dissertação é a *teoria da decisão judicial*, que deve, ainda nas palavras de Dworkin, conter o seguinte:

[...] a teoria da decisão judicial deve ser complexa: deve conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis, e uma teoria da jurisdição, que explique por que e quando os juízes – e não outros grupos ou instituições – devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia. (DWORKIN, 2010, p. IX).

No que se refere à jurisdição e à obediência à lei, Dworkin (2010) considera que a teoria dominante em sua época é o positivismo jurídico. O utilitarismo faz parte da teoria da legislação (que leis deveriam existir), e tem um sentido, em sua definição, de maximização do bem (maior benefício possível ao maior número possível de indivíduos). Quando Dworkin fala de positivismo, diz respeito a uma certa estratégia do que é juridicamente válido, consistente na regra explicitamente produzida por uma fonte autorizada. O representante do positivismo que será usado por Dworkin para estabelecer um diálogo crítico será Hart, que é considerado, por aquele, o autor da mais influente versão do positivismo.

Uma das crenças centrais do liberalismo é a crença de que os indivíduos possuem determinados direitos, *anteriores e independentes* daquilo que a legislação lhes confere. São o referencial com o qual se pode julgar se as leis promulgadas são boas ou ruins, conforme elas protejam em menor ou

maior medida esses direitos que são anteriores à legislação. A atual teoria do direito, diz Dworkin (2010), é falha em pelo menos dois pontos. Se é baseada no positivismo, os direitos que os indivíduos terão não existirão além das regras atualmente formuladas, não havendo base moral para aferição dessas leis. E se é informada pelo utilitarismo, há um outro tipo de problema correspondente. Dworkin formula uma crítica ao utilitarismo que pode ser sintetizada na afirmação de *direitos como trunfos* – “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm” (DWORKIN, 2010, p. XV). Isso significa a proteção que os indivíduos têm contra o *interesse geral* (nos protegem do raciocínio utilitarista). O utilitarismo econômico rejeita a ideia de que os direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos, ou seja, que os cidadãos possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja a alegação de que uma decisão não atende, de fato, ao bem-estar geral.

O raciocínio fundado no bem geral da comunidade, entretanto, jamais poderia fundar direitos. Se é *levada a sério* a tese dos direitos como sendo central para o liberalismo, há que se partir dos direitos individuais e reformar o ponto de vista tanto do utilitarismo como do positivismo. A refutação de Dworkin ao positivismo é, portanto, *política*, antes de ser epistemológica. Se o Direito for aquilo que o positivismo diz ser, teríamos de abrir mão dos ideais do liberalismo:

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial. Portanto, a teoria defendida nestes ensaios distingue-se das teorias mais antigas que se apoiam em tal suposição.

Essa teoria requer um vocabulário que nos permita estabelecer distinções entre os diferentes tipos de direitos que os

indivíduos possuem. Tal vocabulário será exposto no capítulo 4. A mais importante das distinções ali estabelecidas é a que se refere às duas formas de direitos políticos: i) direitos preferenciais³ são aqueles que, considerados abstratamente, prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade ou sociedade como um todo; ii) direitos institucionais mais específicos, que prevalecem contra decisões tomadas por uma instituição específica. Os direitos jurídicos podem ser identificados como uma espécie particular de um direito político, isto é, um direito institucional a uma decisão de um tribunal na sua função judicante.

De acordo com esse vocabulário, o positivismo jurídico é a teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas. (DWORKIN, 2010, XV)

Em “Uma questão de princípio”, Dworkin (2000) define que, ao contrário do que o próprio nome do liberalismo poderia levar a crer, o valor principal do liberalismo é a *igualdade*. Para Dworkin, como se viu acima, direitos são trunfos, que prevalecem contra praticamente qualquer meta social. Se tivéssemos um direito *geral* à liberdade cederia em praticamente todas as metas políticas necessárias. Ela não atua como trunfo. O que se tem são “liberdades” (ex.: liberdade religiosa), no plural, e cada uma corresponde a um direito específico. Dentro desse âmbito há um trunfo contra o Estado. Não há um direito geral à liberdade. O único direito geral que temos é à igualdade, que possui duas manifestações: *igual respeito* e *igual consideração*. Igual respeito é ser tratado como tendo o mesmo valor que os demais. Igual consideração é dar a cada um as mesmas oportunidades, dando recursos e proteções diferentes de acordo com as suas diferentes capacidades e objetivos de vida. Implica outra forma de implementação.

As leis devem ser neutras e dar oportunidades a todos processos de vida igualmente. Democracia representativa é o mecanismo por meio do qual será implementado o modo de produção das leis. Democracia é um *meio* para que a lei seja feita no igual interesse de todos. *O único fim em si mesmo do liberalismo é a igualdade*. No entanto, o liberal vai perceber que

3 No original em inglês: *background rights*.

mercado e democracia não são instrumentos perfeitamente igualitários. Produzem distorções no modo como realizam a igualdade. Há diferenças no ponto de partida. Se o mercado não for regulado, produzirá resultado desigual. Ocorre que na democracia as minorias não são contempladas (ou o são de forma incompleta) pelo processo democrático de tomada de decisão, o que se convencionou chamar de “tirania das majorias”. As minorias nunca serão, assim, tratadas com igual valor e consideração. O que faz com que democracia e mercado tenham esse problema? Em ambos os casos só contemplam preferências e esquemas de ação *majoritários*. O mercado tem lógica utilitarista. As leis são feitas para ser boas do ponto de vista da maioria. O utilitarismo do mercado e da democracia precisa ser contido, do contrário passará por cima dos indivíduos, sendo violador da igualdade. *Os meios que promovem a igualdade são também os meios que a ameaçam.* É preciso proteger os indivíduos contra a lógica utilitarista do mercado e da democracia, por isso definem-se os *direitos como triunfos individuais*.

O conceito de direitos e obrigações é interpretativo, e dependerá, portanto, de uma concepção moral e política de fundo. A tarefa da teoria do direito não é eliminar a divergência, mas de fato *ir ao seu encontro*. E aquela teoria que mais se justifica para Dworkin é o liberalismo político. Os indivíduos divergem, assim, pois tem concepções políticas e morais rivais. Qual a concepção que o positivismo tem de direitos e obrigações? A concepção mais sofisticada do positivismo para Dworkin, como se ressaltou no início, é a de Hart.

Dworkin (2010) diz que o positivismo jurídico se compõe, com relação a direitos e obrigações, em basicamente três teses: 1) os indivíduos têm direitos e obrigações que advêm de regras explicitamente formuladas; 2) essas regras são apenas aquelas que são produzidas por uma fonte autorizada (teste de *pedigree*). Não se vê a validade por seu *conteúdo*, mas por sua *origem*; 3) os juízes devem decidir os casos de acordo com essas regras válidas. Mas se o caso não cai no âmbito de nenhuma regra específica – aqueles denominados de casos difíceis (*hard cases*) –, a solução é indeterminada, podendo o juiz decidir *discricionariamente*.

Essas teses do positivismo, segundo Dworkin, ofendem a tese dos direitos. Normas de natureza social ou moral não produzidas por fontes autorizadas jamais poderiam ser direito de acordo com o positivismo.

Paradoxalmente, se a discricionariedade de fato existir, ninguém tem o direito pré-existente de ganhar o caso. *Somente a partir da decisão do juiz*. Então ela é uma outra forma de negar a tese dos direitos. Dworkin mostra, contudo, que nesses casos difíceis os juízes apelam para outro padrão de norma, *os princípios*, de conteúdo moral, não tomando decisões meramente baseadas em uma vontade discricionária. Ademais, se um juiz (e não outra pessoa com qualificação diversa) se engaja no sentido de decidir determinado caso jurídico, isso só faz sentido se essa decisão tem algo superior às outras. Esse algo superior é um *critério jurídico de decisão*, caso contrário a decisão poderia ser tomada por qualquer outro grupo de pessoas. Essa alternativa contempla melhor os direitos que os sujeitos têm além das regras. É reafirmação da tese dos direitos contra o *decisionismo*.

O argumento principal de Dworkin pode ser visto no caso *Riggs contra Palmer* (julgado em 1889 pela Corte de Apelação de Nova Iorque), no qual, embora as regras fossem bastante explícitas, a solução era moralmente inaceitável. O tribunal de Nova Iorque citou o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos como um parâmetro fundamental, afastando regras explícitas referentes ao direito à herança, e impedindo que o assassino herdasse os bens deixados por seu avô (assassinado por ele) a si em testamento. Não se tratou, como se percebe, de uma decisão animada pela *conveniência* e *oportunidade* próprias da discricionariedade, mas fundamentada em um princípio jurídico que não se encontrava sujeito ao “teste do *pedigree*” das regras, entretanto era visto como obrigatório pelos juízes que tomaram a decisão.

Regras são respeitadas de acordo com a fonte que o produziu. Já os princípios são respeitados de acordo com seu conteúdo (peso moral). Uma teoria de direito que se limite a regras é incompleta. O motivo pelo qual os princípios são relevantes é o seu peso moral. Existe um número potencialmente infinito de princípios. Casos que não caíam no espaço das regras serão ainda assim cobertos por princípios. Assim, todos os casos têm decisões determinadas a serem dadas, e mesmo em casos que, em tese, caberiam no espaço de regras, poderão estas ser afastadas da incidência conforme a sua aplicação se torne violadora de seus princípios instituidores ou de outros princípios, como no caso *Riggs contra Palmer*. Os princípios, essas normas muito mais vagas que as regras, são as que elimi-

nam o espaço de discricionariedade judicial que Dworkin pretende combater com sua tese dos direitos, eis que incompatível com o ideal liberal, que é em última análise a base do Estado Democrático de Direito. Apenas com um modelo que contemple regras e princípios haverá uma boa teoria liberal do direito.

Dworkin (2010) introduz a distinção entre princípios e políticas e também cria o modelo de jurisdição para aplicar os princípios da maneira como ele defende por meio da metáfora do *Hércules*, "(...) um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas" (DWORKIN, 2010, p. 165). Hércules tem, de fato, uma tarefa sobre-humana: construir um esquema de princípios abstratos e concretos que possam justificar, coerentemente, todos os precedentes jurisprudenciais, e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legais existentes. Diferentemente do positivismo, o juiz não seguirá as leis ou precedentes até que, na ausência de respostas claras, esteja livre para agir por sua própria conta, ou seja, discricionariamente. Os princípios também não se confundem com os chamados "princípios gerais de direito", mero supridores de lacunas na lei.

As decisões anteriores (precedentes) exercem *força gravitacional* sobre as futuras. Ao contrário de um legislador ao votar um projeto de lei, que não precisa demonstrar coerência com os votos de seus colegas, o juiz dificilmente mostrará esse tipo de independência, tentando sempre associá-la a outras decisões. A justificação dessa vinculação se dá não por uma sabedoria intrínseca a esses precedentes, mas por razões de *equidade*, tratando casos semelhantes do mesmo modo.

Essa força gravitacional, contudo, não será ilimitada, mas cingida aos *argumentos de princípios*. Se a justificativa da decisão é por algum argumento de política, não terá força alguma para influenciar outros casos (tão somente a autoridade específica do caso decidido), pois não haverá um *argumento de equidade* efetivo para que seja estendida a outros casos.

Para Dworkin, é preciso ver as decisões judiciais justificadas por argumentos de princípio, e não por argumentos de política, ainda que a lei tenha sido gerada por uma política. Uma concepção política é formada por objetivos políticos, que podem ser individuados e não individuados. Um

objetivo não individuado é do tipo utilitarista (exemplo: desenvolvimento econômico, redução da criminalidade etc.). Não determina quanto cada indivíduo recebe. Um individuado assegura alguma coisa a indivíduos específicos. A liberdade de expressão, por exemplo, assegura que “você” tenha liberdade de expressão. Os individuados são os típicos da tese dos direitos. Os individuados são chamados por Dworkin de direitos, pois garantem que certos indivíduos estão protegidos mesmo quando não há maximização do bem geral da comunidade (mesmo quando a proteção não beneficia o bem geral da comunidade). Prevaecem sobre os objetivos não individuados (metas). Objetivos individuados garantem que certos benefícios são protegidos mesmo quando sacrificam algum nível de interesse geral. Direitos, repise-se, são trunfos (ou proteção) do indivíduo contra interesses gerais da sociedade. São proteções contra a estratégia utilitarista.

Há, como se nota, uma reafirmação da noção kantiana segundo a qual o homem jamais é meio para se atingir algo, mas um fim em si mesmo, de onde deriva a igualdade em sua vertente de igual respeito. O veículo que representa os objetivos não individuados são as chamadas políticas (*policies*). Os direitos são os chamados princípios. Os princípios só são princípios se eles são protetores de direito. Os direitos são aquilo com que resistimos a metas coletivas, ao menos que estas tenham altíssimo grau de relevância ou urgência. Só cedem em última hipótese.

A força gravitacional poderá ser negada, também, se *Hércules* puder demonstrar por meio de argumentos de moralidade política que determinado princípio é injusto. Isso não fará, repise-se, o precedente perder sua autoridade específica, mas sim sua força gravitacional por razões de *equidade*.

Em “Levando os Direitos a Sério” Dworkin (2010) ainda não havia construído a ideia do *romance em cadeia*, que virá em sua obra “Uma questão de princípio” (2000), lançada originariamente em 1985. Ao analisar a maneira como Direito e Literatura são similares, Dworkin concebe a interpretação jurídica como a extensão de uma história institucional do direito, que se desenvolve a partir de inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas, as quais fazem com que o direito não seja um “remendo” de partes contraditórias e sem qualquer relação entre si, mas um conjunto que guarda entre si uma relação de necessária dependência e continuidade.

O processo interpretativo seria como um romance que não é escrito

somente por um autor, mas por vários, e é necessário que se continue a escrever o romance a partir de onde seu antecessor parou. Como se trata de uma obra coletiva com vários autores, mas não de múltiplas obras sobre diversos temas, há uma necessidade de coerência e entrelaçamento entre os diversos capítulos da obra coletiva. Ainda que em uma história possam existir viradas e mudanças de rumos, há necessidade de que estas sejam justificadas no curso do próprio enredo, sem que percam a lógica e a concatenação entre as diferentes partes integrantes. É nesse sentido que virá a noção de *integridade* do direito.

A *integridade* é para Dworkin uma das principais virtudes que caracterizam a sociedade democrática, exigindo que a interpretação das leis não seja o resultado de concepções de justiça subjetivas ou contraditórias, mas se mostre coerente, tendo em vista que as decisões judiciais devem ser justificadas por princípios, e não, repise-se, por argumentos metajurídicos (no que se incluem argumentos de política) ou baseadas na vontade discricionária do intérprete. Os argumentos de uma decisão devem estar integrados ao conjunto do direito (STRECK, 2011). Ao abordar o direito como *integridade* em “O império do Direito”, lançado originariamente em 1986, Dworkin (2014) distingue dois princípios: um princípio legislativo, que é dirigido aos legisladores no sentido de elaborarem leis moralmente coerentes, e um princípio voltado à deliberação jurisdicional, que impõe aos juízes tratarem o sistema de normas como expressão de um conjunto coerente de princípios, e, assim, interpretem essas normas de forma a descobrir àquelas implícitas a esse sistema. Considera a integridade uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, sem, contudo, sobrepô-las. O juiz, assim como cada escritor do romance em cadeia, deve proceder a uma avaliação geral do que já foi dito pelos juízes anteriores, o que não significa que ele esteja obrigado a se ater apenas aos precedentes jurisprudenciais já firmados. É possível, inclusive, alterar o rumo da história de acordo com as possibilidades verificadas no presente e com o conjunto de princípios morais existentes na comunidade, o que é uma noção contingente, e não estática. Como se nota, trata-se de um desenvolvimento da ideia inicial da força gravitacional dos precedentes, já existente em “Levando os direitos a sério”. Essa força será variável e poderá ceder a argumentos de princípio. A justificação deve atender aos princípios de moralidade política

que informam a comunidade, evitando o decisionismo, traduzido pela discricionariedade defendida pelo positivismo.

No esquema teórico delineado por Dworkin, a existência de uma *resposta correta* a ser dada em um *caso difícil* surge como um corolário da própria repulsa ao decisionismo. *Hércules* em momento algum faz escolhas com base em suas próprias convicções políticas. Ao revés, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para solucionar os problemas jurídicos (DWORKIN, 2010). Isso não significa ignorar a existência de diferentes concepções políticas ou ideológicas entre os juízes, que guardam múltiplas formações culturais e sociais. Mas *Hércules* deve ser capaz de identificar um conceito usado na justificação das instituições da sua própria comunidade e interpretar o seu uso, “(...) e poderá colocar a si próprio, e não a algum hipotético eu, questões que remetam à moralidade profunda que dá valor ao conceito” (DWORKIN, 2010, p. 200). Isso não significa que chegará a mesma conclusão de que qualquer outro juiz em casos polêmicos, mas “(...) *Hércules* se tornará semelhante a qualquer membro pensante da comunidade disposto a discutir o que a equidade, a igualdade ou a liberdade exigem em determinadas ocasiões.” O ponto importante a se destacar é que *Hércules* deve decidir sobre direitos institucionais das partes, *que existirão tanto nos casos difíceis, como nos fáceis*. Ainda que os juízes se equivoquem nos casos difíceis sobre os direitos das partes, isso não pode ser tomado como justificativa para que tais casos sejam decididos com base em razões políticas, mas que sirva de lembrete de que tais casos devem ser decididos com humildade. Seguir seu próprio ponto de vista seria privar as partes do seu direito, que não *nasce* da decisão, mas é pré-existente a esta. Nesses casos difíceis, “(...) os princípios não resolvem – em termos lógico-objetivos – o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história constitucional do direito” (STRECK, 2011, p. 562).

Cumprir analisar criticamente algumas questões que podem ser levantadas sobre a teoria dworkiana e sua aplicabilidade.

Primeiramente, Dworkin escreve sua obra com foco no *common law*, sistema de Direito que impera nos EUA e Reino Unido, com forte raiz no direito consuetudinário e na jurisprudência (*stare decisis*). O sistema brasi-

leiro, por sua vez, tem bases no *civil law*, com fundamento no direito escrito (legislado). Não há, contudo, como pode parecer em uma análise mais superficial, incompatibilidade no uso de seus ensinamentos à realidade nacional. Ambos os sistemas jurídicos têm cada vez se aproximado mais: o *common law* com uma produção cada vez maior de legislação, e o *civil law*, por sua vez, conferindo força vinculante à jurisprudência que no Brasil se encontra representada por diversos institutos, tais como a súmula vinculante, recursos repetitivos no STJ, repercussão geral no âmbito do STF, incidente de resolução de demandas repetitivas, entre outros.

Além disso, conforme ressalta Streck (2011), o Direito como integridade diz respeito não apenas a precedentes judiciais, mas também à doutrina: “a coerência e a integridade são requisitos institucionais da prática jurídica” (DWORKIN, 2011, p. 354), e perpassam, assim, qualquer noção particularizada de sistema jurídico. É fundamentalmente, portanto, uma tese antirrelativista, que irá se opor aos dois polos positivistas, um de que a prática legal é submetida integralmente a fatos preexistentes (regras e decisões já estabelecidas), e o outro polo ao chamado “realismo” pela filosofia de direito, puramente pragmático, que prega que os juízes e advogados nada mais fazem do que aplicar o seu conceito íntimo de justo, sem qualquer amarra institucional (Streck, 2011).

Outra questão importante a se aprofundar o debate é sobre a dicotomia entre *casos fáceis* e *casos difíceis*. Streck (2011) esclarece que é um equívoco pensar que haja, de antemão, a possibilidade de se separar casos “fáceis” e “difíceis”, tratando-se de uma distinção metafísica. Nem sempre regras estarão cingidas à subsunção, e a própria condição que torna possível a interpretação da regra é a existência de um princípio instituidor. Entre regras e princípios há uma distinção que não é lógico-estrutural: “as regras somente podem ser compreendidas à luz da diferença entre texto jurídico e o sentido que este adquire a partir de sua aplicação (aqui ingressa a facticidade [...]) (STRECK, 2011, p. 304)”. Sempre haverá uma ligação hermenêutica entre regra e princípio no Estado Democrático de Direito. O sentido de um depende do outro.

Nos chamados “casos fáceis”, o que ocorre é uma cobertura pela regra do princípio, sendo suficiente, previamente, uma relação causal-explicativa (objetificação). Crê-se que há um naturalismo, em que existe apenas uma

explicação, produto de um raciocínio dedutivo. Entretanto, se houver estranhamento do intérprete, isto é, a partir do momento em que se questionar sobre o sentido atribuído à regra, haverá um *caso difícil*, ocasionando aquilo que Streck (2011, p. 310) denomina de "*choque hermenêutico*". A resolução dos casos fáceis encontra-se quando não há questionamento. Mas há casos que vão além do *standard*, e esgarçam os horizontes interpretativos. Um exemplo prático é a questão do furto insignificante. De acordo com o art. 155 do Código Penal, é crime subtrair coisa alheia móvel para si ou outrem. De acordo com seu § 2º, se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. Entretanto, há casos em que o STF considera inexistir o crime, mesmo existindo a regra "expressa". Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado princípio da insignificância e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. Ora, tal conclusão apenas foi possível a partir de uma perplexidade do intérprete frente à realidade social. Um estranhamento com o senso comum teórico então vigente ao promover o encontro da regra com os fatos, alterando a interpretação pregressa.

A aplicação da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (técnica prevista no art. 28, parágrafo único, da Lei. n. 9.868/1999), em que a inconstitucionalidade é declarada para determinada situação – a princípio, coberta pela incidência da regra, sem invalidar, contudo, a incidência daquela regra para outros casos –, é um outro exemplo de como a relação de subsunção não é uma decorrência automática ou lógica na aplicação de regras.

Assim, os "pré-juízos" devem ser sempre questionados, pois, caso contrário, transformam a atividade de interpretação em algo acrítico, como se o Direito fosse um mero exercício de raciocínio dedutivo. É importante reproduzir a advertência de Streck (2011, p. 324): "a 'suficiência ôntica' encerra as possibilidades interpretativas". É capaz de transformar *hard cases* em *easy cases*. Os princípios e regras devem sempre ser encarados como um todo, pois não há sentido em um Estado Democrático de Direito

regras com pretensões universalistas e “puras”, descolando-as de princípios, que a significam e são a sua razão de ser.

Há, ainda, a redução de texto legal a enunciado normativo, quando em verdade a norma se constrói a partir do texto, mas não se limita ao mesmo. Resumindo, essa forma de agir exegética, dogmática, que separa o sujeito do objeto, e princípios de regras, “(...) não procede à necessária reconstrução da integridade do direito aplicável (Streck, 2011, p. 325).” Assim, não se nega a existência de *casos fáceis*, entretanto eles não se dão previamente, mas apenas após o confronto entre a realidade e o direito em sua completude, no que estão incluídas não apenas as regras, mas notadamente os princípios, que em um Estado Constitucional como o nosso nascem da Constituição, *que transforma seu caráter moral em jurídico*.

Por fim, é polêmica, também, a questão da *resposta correta* nos *casos difíceis*. Para MacCormick, diante de um caso difícil há a possibilidade de várias soluções razoáveis, e uma vez que é necessário tomar uma decisão, a correção é dada pelo critério de autoridade (ATIENZA, 2016). A resposta a essa crítica é dada por meio de indagação: “mas então para que serve, do ponto de vista ideológico, uma teoria como a de MacCormick, se não for para justificar o que os juízes fazem de fato?” (ATIENZA, 2016, p. 183). Uma teoria da argumentação ou da decisão judicial deve servir para estabelecer critérios para se eleger os melhores argumentos e buscar uma melhor solução. Raciocínio contrário significa cair no relativismo de uma sociedade líquida (BAUMAN, 1998), que é o que se busca evitar em uma teoria do direito que coloque a equidade como valor fundamental e pilar de uma sociedade democrática. Defender a pluralidade de respostas corretas é, voltando a Dworkin, uma opção na (e não “à”) discricionariedade, que como bem lembra Streck (2011) já se encontrou materializada na antiga Súmula 400 do STF: “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário.”

Segundo Habermas, por sua vez, a argumentação é o único meio disponível para encontrar a resposta correta, que será dada com a observância das condições procedimentais de institucionalização jurídica do agir comunicativo. A crítica à visão habermasiana é que alcançar a resposta correta ignorando seu conteúdo demonstra justamente a impossibilidade de encontrar uma resposta correta para teoria discursiva (STRECK, 2011). Na ver-

dade, é uma “não resposta”, pois esta não é colocada em questão, mas apenas o seu procedimento, sem levar em conta o resultado deste processo.

A resposta correta será aquela hermeneuticamente adequada à Constituição, que, na atual quadra, transforma princípios morais em jurídicos, razão pela qual se converte em um sofisma relegar ao procedimento a responsabilidade, por si só, dessa aferição de correção. E jamais será aleatória, sendo a *integridade* e *coerência* fundamentais para se chegar a essa resposta.

3 Tutela jurídica do meio ambiente

3.1 Evolução histórica e conceitos fundamentais da tutela jurídica do meio ambiente no Brasil

Pode-se afirmar que o meio ambiente é objeto de muito interesse – e preocupação – nos dias atuais, embora isso não significa que somente agora seja um assunto objeto de atenção pela humanidade. Os antecedentes datam da antiguidade, sendo que já em Aristóteles encontramos textos em que a relação do homem com o ambiente que lhe cerca é tratada. O conceito grego *Physis* (no latim traduzido como *Natura*) é definido por aquele autor clássico como aquelas coisas que existem por si mesmas, sendo dotadas do princípio de seu movimento e repouso (PÁDUA, 2010).

O Direito, com sua necessária imbricação com a vida social, não ficou indiferente. Em que pese a recente autonomia desse ramo do Direito, inclusive com a criação de cadeiras próprias nas Faculdades de Direito, a existência de leis ambientais é um fenômeno muito mais antigo no Brasil. Ao ser colonizado por Portugal, o Brasil já nasce regido por leis de natureza ambiental daquele país. Ainda não sistematicidade até praticamente as últimas décadas do século XX, a tutela jurídica do meio ambiente irá observar uma lenta e longa evolução no curso da história do Brasil, que, não por coincidência, foi batizado com o nome de uma árvore, demonstrando como o meio ambiente é parte fundamental da nossa história como nação.

Para se compreender a evolução histórica da tutela jurídica do meio ambiente no Brasil, contudo, não basta a análise isolada dessas leis, como muitas vezes pecam os manuais clássicos de Direito. É preciso contextualizá-las com o panorama histórico-social que serviu de substrato para seu surgimento, a fim de se abstrair seu real alcance e sentido na realidade social. É o que se propõe, ainda que de maneira breve, no tópico.

Com o desembarque dos portugueses no que posteriormente seria o território brasileiro⁴, Portugal traz consigo para a colônia aqui criada todo seu arcabouço jurídico. Nesse período, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, cujo trabalho de compilação foi concluído em 1446. A legislação ambiental portuguesa, naquela época, era muito evoluída. A preocupação com a falta de alimentos pode ser datada em 13 de julho de 1311, quando D. Afonso III determinava que o pão e a farinha não poderiam ser transportados para fora do reino. Diante da escassez de gêneros alimentícios em Portugal, foram criadas sesmarias, através da Lei de 26 de junho de 1375, no reinado de D. Fernando I, visando, assim, aumentar o cultivo de terras. O texto inicial do ordenamento se assemelha a uma exposição de motivos de uma lei atual. Sua redação começava por relatar a falta de mantimentos oriundos do trigo e da cevada, para determinar a todos os que tivessem terra que as lavrassem e semeassem, sob pena de perder a dita terra. Caso o proprietário da terra *por alguma lidima razom* não pudesse lavrá-la, a lei ordenava que fosse dada ou aforada à pessoa “cer-

4 A colonização foi efetivamente iniciada em 1534, quando D. João III dividiu o território em quatorze capitanias hereditárias.

ta”, de modo a possibilitar o cultivo de sua extensão. Posteriormente, nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, as sesmarias ganham um sentido de povoamento, dada a necessidade manter a unidade e defesa do território contra os ataques estrangeiros. Apenas para fazer um paralelo, o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964), traz em seu texto o sentido da função social da terra, princípio posteriormente consagrado no art. 186 da Constituição Federal de 1988, mas que já constava da Constituição de 1967 e da sua Emenda à Constituição de 1969, que previam a função social da propriedade como princípio da ordem econômica. A propriedade rural fica vinculada à sua função social. O Poder público pode desapropriar a terra, atendido os demais requisitos existentes, quando seus proprietários não põem em prática normas de conservação de recursos naturais. Ainda, um dispositivo ambiental bastante evoluído, até mesmo atualmente, era a proibição do corte deliberado de árvores frutíferas. Observe-se que a lei ordenada por D. Afonso V tipifica o corte de árvores de fruto como crime de injúria ao rei, tamanha a magnitude da preocupação com essas árvores provedoras de alimentos. É sob a ótica desse quadro legislativo que a terra do Brasil é “descoberta” (WAINER, 1994).

Como se observa, no bojo da preocupação que envolve o meio ambiente da época está a garantia de alimentos e sustento econômico para o ser humano, uma visão instrumental da natureza, como fonte de elementos que garantam a sobrevivência do ser humano, que consagra o *paradigma antropocentrismo puro* como fundamento ético das normas ambientais produzidas naquele período histórico. Para o antropocentrismo, há uma linha divisória marcante e moral entre a humanidade e o resto da natureza, sendo o ser humano a principal ou única fonte de valor e significado no mundo. A natureza tem o único propósito de servir aos seres humanos (BENJAMIN, 2009).

As origens são antigas, havendo contribuição decisiva do pensamento de Aristóteles e de São Tomás de Aquino. Nessa visão, o homem ocupa o lugar mais alto da pirâmide, os vegetais ocupam a base e servem aos animais, e estes servem ao homem, ser dotado de razão e superioridade. A natureza serve para o homem, e os animais eram considerados seres inferiores, desprovidos de razão. Essa doutrina influenciou as épocas seguintes, principalmente a partir do século XIII, sedimentando a visão antropocêntrica (CHALFUN, 2010).

Nas ordenações manuelinas (compilação da legislação portuguesa de 1512 a 1605), há o surgimento do conceito de zoneamento ambiental, com a introdução da vedação da caça em determinados locais, proibindo, também, a caça de alguns animais (lebres, coelhos e perdizes) com instrumentos que lhe pudessem causar dor e sofrimento. Além disso, protege a vida de alguns seres vivos diversos do homem (como a proibição da comercialização de colmeias sem preservação da vida das abelhas) (WAINER, 1994). A preocupação com a preservação da vida das abelhas é explicável pela sua importância para a produção do mel, atrelado, portanto, àquele viés instrumental da natureza.

Contudo, a preocupação da caça com o uso de meios que causassem dor e sofrimento a determinados animais é algo novo na legislação, tratando-se de uma concepção que não se explica meramente por razões antropocêntricas. Mas essa preocupação não é novidade naquele período histórico. A religião já a demonstrava, sendo conhecida a pregação de São Francisco de Assis (1182-1226) nesse sentido. Havia em São Francisco uma exaltação de todos os elementos constituintes da Criação. Enfatizava o caráter beneficente e não neutro de todas as coisas e seres do mundo natural. Todos, animais, plantas e objetos inanimados, deveriam servir e louvar a Deus, passando inclusive a inserir animais na celebração da missa (FRANCISCO DE ASSIS, 2017).

Assim, preocupações de ordem ética com os animais são fruto da religião católica, que influenciava, naquele período histórico, toda a vida social da metrópole – e, conseqüentemente, da colônia a si dependente -, no que concerne ao conjunto de valores éticos vigentes. Não se deve esquecer que naquele período o poder espiritual, cindido do poder temporal (Estado), encontrava-se situado em Roma, na Igreja Católica.

Com o domínio espanhol, entram em vigor no Brasil as Ordenações Filipinas, a partir de 1603, e vão vigorar no Brasil, em parte, até o advento do Código Civil de 1916. Dos dispositivos relativos à matéria ambiental pode-se destacar: determinação de programas de obras públicas para construção de calçadas, pontes, chafarizes, poços, bem como incentivo do plantio de árvores em terrenos baldios; a tipificação do corte de árvores de fruto, como crime, é mantida, prevendo a lei para o infrator o cumprimento de pena de degredo definitivo para o Brasil. Destaca-se, ainda, a

proteção a determinados animais, cuja morte “por malícia” também acarretava ao infrator cumprimento de uma pena de degredo para sempre no Brasil; proteção aos olivais e pomares do dano causado pelo pasto de animais de vizinhos, estabelecendo multas e penas que variavam desde o açoite (para escravos a lei era ainda mais dura, sendo a pena de “dez açoites ao pé do Pelourinho”) ao pagamento de multas e perda dos animais. Durante o período colonial, já se aplicava a teoria da responsabilidade subjetiva pelo dano causado “com malícia” por animais a pomares vizinhos, expressa no alvará de 2 de outubro de 1607, reiterado pela Lei de 12 de setembro de 1750, sobre o mesmo objeto. *A contrario sensu*, a Lei de 24 de maio de 1608 expressa a teoria da responsabilidade objetiva para os danos causados pelo gado nos olivais vizinhos, sem necessidade de demonstração de culpa do dono ou de seu empregado. O conceito de poluição também estava de forma precursora previsto nessas Ordenações. A determinação era proibir a qualquer pessoa que jogasse material que pudesse matar os peixes e sua criação ou sujasse as águas dos rios e das lagoas. Ademais, as Ordenações Filipinas proibiam a pesca com determinados instrumentos e em certos locais estipulados, de modo semelhante à proibição da pesca em espécie, contida na Lei n. 7.679/1988, já revogada pela Lei n. 11.959/2009 (WAINER, 1994).

Seria um erro, contudo, cingir a análise da legislação desse período às Ordenações Filipinas. Há uma gama de legislação extravagante, sob diferentes denominações (regimento, cartas de leis, alvarás, cargas régias, provisões e avisos reais) que interessam à matéria ambiental. Destaca-se a preocupação em se evitar o desmatamento desenfreado. Em 12 de dezembro de 1605 foi editada a primeira lei protecionista florestal brasileira, o “Regimento sobre o pau-brasil”, que continha penas severíssimas para aqueles que cortassem a madeira sem expressa licença real. A preocupação com o desmatamento será constante, e foi incluída no Regimento da Relação e Casa do Brasil, de março de 1609, sendo esse o primeiro Tribunal instalado na cidade de Salvador, com jurisdição em toda a Colônia. Em relação à legislação florestal, em maio de 1773, por meio de uma carta-régia, D. Maria I ordena ao Vice-Rei do Brasil proteção para as madeiras nas matas (WAINER, 1994).

Mais uma vez, o foco é, ainda que de forma incipiente e rudimentar,

a sustentabilidade econômica do meio ambiente. Sendo os recursos naturais da Colônia, o principal interesse da Metrópole na colônia de exploração estabelecida no Brasil é decorrência lógica que essa matéria-prima fosse protegida. Uma primeira “onda” de preocupações com o mundo natural de forma mais consistente no Brasil, onde já se vê uma, ainda que embrionária, ideia de desenvolvimento sustentável, surgirá nos séculos XVIII e XIX. Ela foi produzida por brasileiros e portugueses residentes no Brasil que haviam estudado na Europa. Na sua maioria, foram inspirados pelos círculos de debates ocorridos no âmbito da Universidade de Coimbra e da Academia de Ciências de Lisboa, em torno do cientista italiano (professor de Coimbra) Domenico Agostino Vandelli (1735-1816) e de Rodrigo de Sousa Coutinho (1745-1812). A figura mais proeminente do grupo foi José Bonifácio de Andrada e Silva (1763-1838). As suas principais influências provinham da história natural – Lineu, Buffon e Humboldt – e da fisiocracia. Ao contrário do que ocorreu na Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos, onde a crítica à destruição do mundo natural esteve associada ao *ethos* romântico, no Brasil, foram os intelectuais racionalistas, influenciados pelo iluminismo, que construíram uma crítica pioneira à destruição do patrimônio cultural do brasileiro. Eles não tinham um interesse especial pelo valor estético ou intrínseco da natureza, mas sim pelo seu valor político e instrumental para o progresso econômico do país. Uma parte considerável desses intelectuais propunha eliminar o modelo de produção baseado no latifúndio, na monocultura e no trabalho escravo. Defendiam um modelo de economia baseado no uso racional dos recursos da natureza, no contexto de uma sociedade essencialmente rural, mas, moderna, com uso intensivo de insumos (FRANCO; DRUMMOND, 2012).

Embora o foco seja econômico, é importante ressaltar que já havia uma preocupação genuína, embora não central nos planos da Metrópole, com o bem-estar da população por meio da não poluição de rios e destruição de meios de subsistência, que também pode ser vista também como uma incipiente e primitiva visão de desenvolvimento sustentável. E isso acompanhou também o breve período de domínio holandês no nordeste brasileiro, que, assim como os portugueses, também estavam atrás das riquezas naturais da colônia portuguesa, com o objetivo declarado de restaurar o comércio do açúcar com os Países Baixos, proibido pela Coroa da Espanha.

No breve período de conquista das terras brasileiras (1630-1654), editaram uma das legislações ambientais mais ricas daquela época. Proibiram o abate do cajueiro, determinaram o cuidado com a poluição das águas e obrigaram os senhores de terras e lavradores de canaviais a plantarem roças de mandioca proporcionalmente ao número de seus escravos. Os holandeses não permitiam o lançamento do bagaço de cana nos rios e açudes, a fim de proteger as populações pobres que se alimentavam dos peixes de água doce. Aliás, essa norma é semelhante à precursora proteção portuguesa, constante do § 7º do Título LXXXVIII do Livro V das Ordenações Filipinas, que assim rezava: “pessoa alguma não lance nos rios e lagoas, em qualquer tempo do anno...cocca, cal nem outro material, com que fe o peixe mata.” Quanto às terras, o governo holandês deliberou que aquelas sem proprietário, ou que estivessem desertas e incultas, seriam dadas a colonos que as cultivariam e ficariam com seus frutos. Essa deliberação é similar à contida no § 3º, Título XLIII, das Ordenações Filipinas, que regulamenta as sesmarias, instituídas no território brasileiro, com grandes adaptações de seu texto original. O objetivo primordial das sesmarias em Portugal era o cultivo da terra, ao passo que no Brasil visava-se, essencialmente, à proteção de grandes extensões territoriais, mantendo a integridade territorial da colônia. Também a caça ganhou especial cuidado das autoridades holandesas, que a permitiam, desde que as espécies não fossem alvo de uma perseguição excessiva que as colocassem em risco de extinção. Apoiaram, outrossim, a conservação das espécies existentes, introduzindo outras que não havia na região e que nela podiam ser aclimatadas. A falta de víveres era um dos problemas enfrentados pelos holandeses, que tanto combateram a monocultura no Nordeste brasileiro. Em “atenção ao bem público”, várias normas impunham o plantio de mandioca, face a uma situação de “calamidade pública” ocasionada pela fome, especialmente dos negros escravos da lavoura canavieira, ordenava-se aos donos dos engenhos que tomassem uma atitude para a solução desse problema. Após a expulsão dos holandeses, nossos colonizadores prosseguiram com o combate à fome e à monocultura. Os reis editavam normas obrigando à plantação de milho, feijão e mandioca. Entretanto, os senhores de engenho, à revelia do rei, continuaram destinando suas melhores terras para as plantações

de cana-de-açúcar. Ainda no período colonial, de modo a impedir o *damno ao bem público*, foi expressa uma determinação para que as terras novas, a maior parte muito fértil, fossem tomadas dos proprietários que não as lavrassem (WAINER, 1994).

É importante destacar que, “apesar do grande número de normas jurídicas ambientais, não se tem evidência de sua aplicação” (WAINER, 1994, p. 198). As crises em razão do uso inadequado dos recursos naturais ou da falta de cuidado com o meio ambiente eram frequentes. Especialmente para cumprimento em nosso País, as primeiras regulamentações estavam contidas nas cartas de doação e nos forais, ao tempo das Capitânicas Hereditárias. Depois, no Regimento do Governo-Geral Thomé de Souza, de 1548, para, em um documento único, ganhar a proteção no “Regimento sobre o pau-brasil”, datado de 1605, que foi a primeira lei brasileira exclusivamente florestal. Por meio da provisão ao Governador do Rio de Janeiro, em 7 de agosto de 1738, não se podia exportar madeira tapinhoã para fora do porto da Capitania, à exceção apenas das fábricas de navios de guerra. O motivo desta provisão residia no grande consumo da madeira que “em poucos anos faltaria para nossa Armada” (WAINER, 1994, p. 202).

Em determinados períodos da história colonial houve sérias crises alimentares, como na fase inicial de exploração aurífera em Minas Gerais, no final do século XVII e início do século XVIII, demonstrando a falta de efetividade social das normas que visavam a garantir uma certa harmonia com o meio ambiente, o que possibilitaria, em última análise, a sobrevivência humana naquela visão predominantemente antropocêntrica pura. O problema do abastecimento de gêneros alimentares nas Minas Gerais também foi condicionado pela política de colonização assentada em sua exploração comercial, de acordo com as necessidades do mercado metropolitano. Embora nesse caso não fosse a monocultura que ocasionasse a carência de víveres, a obsessão dos mineradores pela extração de ouro originou um quase absoluto desinteresse da população pela agricultura, mesmo de subsistência, levando a crises de fome constantes, sobretudo nos períodos iniciais da exploração aurífera ao final do século XVII e início do XVIII. Outras circunstâncias contribuíram para a situação de escassez de víveres nas regiões auríferas, todas elas diretamente relacionadas ao exclusivo metropolitano. A primeira é consequência do atrofico movimen-

to comercial no interior da Colônia, totalmente voltado para a monocultura açucareira. Acrescente-se a isso o fato de que os centros produtores comercializavam mais com a metrópole do que entre si, em função das dificuldades do comércio interno na Colônia e da distância das zonas auríferas, que, associadas à precariedade dos métodos de conservação de víveres, também dificultavam seu abastecimento. Ademais, as áreas onde se constituíram as zonas auríferas eram até então desabitadas, contribuindo para a fome (PANEGASSI, 2008).

As razões da ineficácia social dessas normas jurídicas são variadas. Em primeiro lugar, a imensa extensão territorial da Colônia por si já representava um desafio imenso para aplicação da lei (WAINER, 1994). Em uma época na qual a comunicação e o transporte eram muito mais precários, pode-se imaginar a grande dificuldade da efetivação de uma fiscalização e repressão de condutas em conflito com essas normas. Além disso, algo central, é que a própria lógica da colonização levava à devastação e exaurimento ao máximo dos recursos naturais da colônia, sendo que a produção era destinada especialmente para atender a essa finalidade em detrimento do desenvolvimento da colônia e abastecimento do seu mercado interno. Essa era a sua função econômica, fornecer recursos e lucros para a metrópole, e esses recursos estavam ligados, em grande medida, a atividades que levavam de forma intrínseca a uma agressão ao meio-ambiente, como o corte de árvores para venda da madeira, enormes plantações de monocultura, extração de minérios, entre outras.

Em 25 de março de 1824 foi outorgada a Constituição Imperial do Brasil. O Código Criminal de 1830 criminalizou o corte ilegal de árvores. Mais uma vez, contudo, não houve efetividade da legislação. A Lei de Terras (Lei n. 601/1850), por sua vez, agravou o desmatamento, lançando "(...) o país em uma ocupação desregrada do território, onde a derrubada das matas e a queimada eram os principais instrumentos para, comprovando a posse e a utilização, requerer-se o registro da propriedade" (OLIVEIRA apud CELLEGHIN, 2015, p.58). Assim, a legislação, longe de coibir, passa a incentivar agressões ao meio-ambiente.

Da Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, até os anos 30 (período da 1ª República), o modelo adotado quanto à legislação ambiental brasileira será principalmente baseado em preocupações

de utilidade econômica. No cenário geral, contudo, surgem importantes instituições que ajudarão a ampliar o conhecimento sobre a natureza no país. No Rio de Janeiro dos fins do século XIX, ainda antes da geração de protetores da natureza nos anos de 1920-1940, instituições como o Museu Nacional do Rio de Janeiro (MNRJ) e o Jardim Botânico do Rio de Janeiro (JBRJ) já eram importantes centros de pesquisa que ajudaram a ampliar o conhecimento sobre a natureza no Brasil. Da mesma forma, o Instituto de Manguinhos, fundado em 1900 e reorganizado a partir de 1902 por Oswaldo Cruz (1872-1917), investiu em pesquisas de biologia aplicada. Esse interesse científico pela natureza coincidiu com o surgimento de preocupações com a proteção do rico patrimônio natural brasileiro, com base em argumentos tanto de utilidade econômica como de fruição estética (FRANCO; DRUMMOND; TAVARES, 2012).

Na esfera legislativa, tal concepção se refletiu em tímidas limitações ao exercício da propriedade privada. O Código Civil de 1916 não trata da matéria ambiental, sendo o conflito dessa natureza visto sob um prisma privatista do direito de vizinhança, vedando-se o uso nocivo da propriedade, comprometedor da segurança, do sossego e da saúde, conforme previsão dos arts. 554 e 555 da codificação (CELLEGHIN, 2015).

Mudanças paradigmáticas começam a surgir a partir dos anos 30 do século XX, e em grande parte serão resultantes do acúmulo científico e militância de grupo proveniente daquelas instituições nacionais que passaram a se debruçar sobre assuntos de interesse ambiental. A principal instituição foi o MNRJ. Nele militaram muitos integrantes de uma nova geração preocupada com a proteção à natureza. Ao desenvolver pesquisas relacionadas com a história natural e a antropologia, os seus cientistas e professores despertaram para o problema da destruição do patrimônio natural. Esse grupo atuou, principalmente, nas décadas de 1920-1940. Alcançou relativo sucesso e influenciou a elaboração de leis e políticas de proteção da natureza – como o Código Florestal, o Código de Caça e Pesca, o Código de Águas e Minas e o Código de Fiscalização das Expedições Artísticas e Científicas, editados entre maio de 1933 e outubro de 1934. Vários órgãos governamentais seriam criados ou reformulados para assumir e aplicar esses regulamentos – entre eles o Departamento Nacional de Produção Mineral, o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica e o Serviço

Florestal Federal. Além disso, a Constituição de 1934 encarregou os governos central e estaduais de proteger as “belezas naturais” e “monumentos de valor histórico ou artístico. Poucos anos depois, foram criados os primeiros parques nacionais do país: Itatiaia, em 1937, Serra dos Órgãos e Iguaçu, ambos em 1939” (FRANCO; DRUMMOND; TAVARES, 2012). Há, ainda, previsões relacionadas ao meio ambiente no Código Penal (1940), como por exemplo a cominação de pena de prisão à conduta de poluição de água potável. Não é coincidência que o período histórico de surgimento desses diplomas coincida com o início da Era Vargas, momento de intenso desenvolvimento econômico-industrial do país.

“Tais códigos tinham por objetivo compatibilizar os interesses dos proprietários privados e o desenvolvimento mediante exploração dos recursos naturais, tutelando-os com o intuito de conservar os recursos econômicos” (CELLEGHIN, 2015, p. 61). É a materialização de ideias do conservacionismo, corrente do movimento ecológico que Martinez-Alier (2007) chama de “evangelho da ecoeficiência”. Preocupa-se com os efeitos do crescimento econômico, não só nas áreas de natureza original, como também na economia industrial, agrícola e urbana. Trata-se de uma corrente que denominará como “credo – ou evangelho – da ecoeficiência.” Sua atenção está direcionada para os impactos ambientais ou riscos à saúde decorrentes das atividades industriais, da urbanização e também da agricultura moderna. Essa corrente do movimento ecologista se preocupa com a economia na sua totalidade. Muitas vezes defende o crescimento econômico, ainda que não a qualquer custo. Acredita na “modernização ecológica”, e na “boa utilização” dos recursos. Preocupa-se com os impactos da produção de bens e com o manejo sustentável dos recursos naturais, e não tanto pela perda dos atrativos da natureza ou dos seus valores intrínsecos (MARTINEZ-ALIER, 2007).

Chama-se atenção, contudo, para a criação de áreas protegidas, que partem de um movimento diverso. Os parques nacionais consistem em extensas áreas de domínio público que têm como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico, nas quais

não é permitida a propriedade ou posse privada em seu interior, e nem a exploração econômica. Trata-se de uma nítida influência da concepção preservacionista do meio ambiente, cujas raízes históricas nos levam à virada do século XX nos EUA, onde havia um debate entre concepções conservacionistas e preservacionistas. As primeiras expressavam, sobretudo, uma preocupação com a utilização racional dos recursos naturais, enquanto aquelas voltavam-se mais para uma argumentação baseada nos conceitos de fruição estética e de transcendência espiritual proporcionada pelos aspectos sublimes da natureza selvagem – *wilderness*. Essas duas correntes influenciaram os cuidados com a natureza no mundo inteiro, inclusive no Brasil. A ideia norte-americana de constituição de parques nacionais, de inspiração preservacionista, se disseminou amplamente pelo mundo, servindo de parâmetro para iniciativas de proteção da natureza. (FRANCO; DRUMMOND; TAVARES, 2012).

Os preservacionistas representam o denominado “culto à vida silvestre”, na classificação de Martinez-Alier (2007). Essa visão do ecologismo não ataca o crescimento econômico enquanto um mal em si. Até mesmo admite sua derrota na maior parte do mundo industrializado. Coloca, contudo, em discussão uma “ação de retaguarda”, que visam a preservar e manter o que resta dos espaços da natureza original situados fora da influência do mercado. O “culto ao silvestre” surge do amor às belas paisagens e de valores profundos e contemplação, jamais para os interesses materiais e imediatistas dos homens (MARTINEZ-ALIER, 2007).

Ou seja, a visão preservacionista (ou culto à vida silvestre) é uma inovação na legislação protetiva do meio ambiente despida de uma visão instrumental deste, ou ainda de algum padrão ético de inspiração religiosa cristã. É um novo olhar sobre a natureza, representativo de uma ética diversa sobre o papel do homem na natureza, que abandona uma concepção tão somente instrumental do meio ambiente ou antropocêntrica.

No Brasil, contudo, o embate entre preservacionistas e conservacionistas ganhou um colorido diferente na década de 30 do século XX, havendo, não oposição, mas composição entre essas correntes. A “Primeira Conferência Brasileira de Proteção à Natureza”, realizada entre 8 e 15 de abril de 1934, no Rio de Janeiro, refletiu a mobilização e o tipo de pensamento presentes nas organizações da sociedade civil e instituições públi-

cas preocupadas com a questão ambiental. Organizada pela Sociedade dos Amigos das Árvores, contou com forte apoio e infraestrutura do MNRJ. Duas linhas de argumentação surgiram para justificar a proteção da natureza: em uma delas, o mundo natural era valorizado como recurso econômico a ser usufruído racionalmente, enquanto, na outra, ele era objeto de culto e fruição estética. Essas formas distintas convergiram na elaboração de um projeto comum, de feição nacionalista e cientificista. As práticas e ideias norte-americanas já eram conhecidas pelos brasileiros preocupados com a proteção da natureza. O conceito de parques nacionais tinha adeptos no Brasil. As duas concepções – preservacionistas e conservacionistas – aparecem nas formulações e estratégias discutidas na conferência de 1934, fundindo-se em uma visão única sobre o que a proteção à natureza deveria representar. No Brasil dos anos 1920-1940, portanto, os conceitos de proteção, conservação e preservação eram intercambiáveis, indicando o entendimento de que a natureza deveria ser protegida, tanto como conjunto de recursos produtivos a serem explorados racionalmente no interesse das gerações presentes e futuras, quanto como diversidade biológica ser objeto de pesquisa científica e contemplação estética. A noção de proteção à natureza que perpassou o evento envolvia tanto uma ideia de preservação das belezas naturais quanto a de melhoramento da natureza pelos humanos. Os argumentos utilitários coexistiam em harmonia com os de ordem estética. Enquanto nos EUA essas perspectivas entravam em choque, gerando tensões entre órgãos de governo e entre correntes de pensamento, no Brasil elas eram partes de um projeto comum de construção de nacionalidade (FRANCO; DRUMMOND; TAVARES, 2012).

Estrategicamente essa articulação possibilitou vitórias pontuais. Animados pelo espírito nacionalista que influenciava esse movimento, grupos e associações cívicas garantiram espaço junto às instâncias deliberativas do governo Vargas e ajudaram a aprovação de uma série de leis, decretos e regulamentos de proteção da natureza e de criação dos primeiros parques nacionais. No entanto, no plano mais geral da sociedade e da economia nacionais, esse grupo teve a sua visão frustrada ou, ao menos, eclipsada por muitas décadas. Prevaleceu o projeto político mais amplo do desenvolvimentismo. Esse projeto prioriza o crescimento econômico, mesmo que às custas da devastação da natureza (FRANCO; DRUMMOND; TAVARES, 2012).

O Código Florestal de 1965 irá substituir o de 1934. Ele representou importante instrumento disciplinador das atividades florestais ao declarar as florestas existentes no território nacional como bens de interesse comum. Para cumprir e fazer cumprir essa legislação foi criado um órgão específico, vinculado ao Ministério da Agricultura, que se tratava do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF). Sendo o IBDF ligado ao Ministério da Agricultura, pode-se dizer que, na época em questão, no caso de alguma restrição ao crescimento agrícola proporcionado pela proteção de alguma floresta, a expansão da agricultura seria, evidentemente, privilegiada sob qualquer circunstância⁵.

A visão de *desenvolvimento sustentável*, que se trata de uma evolução no trato ambiental, trazendo elementos novos que a diferem do conservacionismo, embora guardem muitas semelhanças, somente irá ocorrer a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente realizada em Estocolmo (1972). No Brasil, apenas no segundo Plano Nacional de Desenvolvimento a ideia de crescimento a qualquer custo foi substituída pelo desenvolvimento sustentável (BORGES; REZENDE; PEREIRA, 2009), que será melhor desenvolvida posteriormente (seção 2.3.1).

Para se chegar a tanto, os Planos Nacionais de Desenvolvimento do final deste período foram fundamentais para o fortalecimento de uma visão conservacionista no Brasil, e assim delineou-se a evolução da tutela jurídica do meio ambiente. No início da década de 70, foi elaborado o I Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), aprovado pela Lei n. 5.727/1971, para ser executado de 1972 a 1974. O I PND em matéria ecológica foi desastroso. Foi por meio desse plano que o processo de devastação da Amazônia foi mais intenso. Em razão dos incentivos e as facilidades de aquisição de terras, houve migração em massa para a região em busca de trabalho e riquezas. As consequências dessa política foram as piores possíveis, e

5 É interessante que essa questão foi novamente trazida ao debate, pois o recém-eleito Governo Bolsonaro chegou a anunciar o fim do Ministério do Meio Ambiente, com a proposta de fundi-lo ao Ministério da Agricultura. Após ser alvo de inúmeras críticas, recuou e manteve aquele ministério, em especial pelo risco de retaliações comerciais. Contudo, permanece o risco de retrocesso, pois há constantes críticas do próprio Presidente à atuação institucional do Ministério e das autarquias vinculadas ao órgão, em especial o IBAMA, que chama de “fábrica de multas”. (STACHEWSKI, 2019)

as destruições em massa dos recursos naturais causaram muitos estragos. As consequências negativas do I PND produziram forte reação na opinião pública, fazendo com que o governo recuasse em sua política de agressão ambiental que vinha sendo praticada na Região Amazônica. No ano de 1972, quando estava sendo implementado o I PND, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente. Essa conferência influenciou a Política Ambiental do Brasil, pois o país era signatário do Tratado. Isso fez com que fosse criada, em 1973, a Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA), que tinha como objetivo dotar a administração pública federal de um espaço institucional destinado à gestão dos recursos ambientais (BORGES; REZENDE; PEREIRA, 2009).

O corte epistemológico que de fato irá impulsionar o rumo da legislação ambiental no Brasil – que irá ensejar, posteriormente, a criação do Direito Ambiental brasileiro como ramo autônomo do direito com princípios e regras próprias – é, portanto, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio ambiente ocorrida em Estocolmo, que torna a questão ambiental global, e não mais um problema local cingido a questões relacionadas a finalidades na maioria das vezes imediatos e econômicos. Foi a primeira grande reunião de chefes de Estado organizada pelas Nações Unidas (ONU) para tratar das questões relacionadas à degradação do meio ambiente. A Conferência de Estocolmo é notoriamente reconhecida como um marco nas tentativas de melhorar as relações do homem com o meio ambiente, e também por ter inaugurado a busca por equilíbrio entre desenvolvimento econômico, social e redução da degradação ambiental, o que evoluiria para a noção de desenvolvimento sustentável.⁶

O que fez mudar a concepção do ser humano com relação à natureza que o cerca, levando a tratar essa questão de forma global e integral, conciliando as noções de desenvolvimento econômico, social e ambiental, é fruto de uma ampla gama de fatores, de ordem científica, econômica e históri-

6 O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais (RELATÓRIO BRUNDTLAND, 2019).

ca, que o levaram a compreender a ideia de que a relação com o ambiente natural coloca um problema radical e inescapável para a continuidade da vida humana. O que caracteriza a discussão ambiental na cultura contemporânea não é a forte atenção para o tema da natureza, que existe desde a Antiguidade. Na medida em que as sociedades humanas se fixaram espacialmente em um planeta que possui grande diversidade de formas geológicas e biológicas, emergiram inúmeros exemplos de práticas e percepções culturais referidas ao mundo natural. A produção de um entendimento sobre esse mundo tornou-se um componente básico da própria existência social. Glacken (1967 *apud* PÁDUA, 2002), em seu profundo estudo sobre a história das concepções intelectuais sobre a natureza no mundo ocidental, da Antiguidade clássica ao século XVIII, constatou que virtualmente todos os pensadores foram obrigados a enfrentar o tema, tendo por base três grandes indagações: É a natureza, tal qual ela se apresenta na Terra, dotada de sentido e propósito? Possui essa natureza, especialmente o lugar onde cada sociedade habita, uma influência sobre a vida humana? Foi a realidade da Terra, em sua condição primordial, modificada pela ação histórica do homem? Os resultados da investigação de Glacken deixam claro que as duas primeiras perguntas dominaram amplamente a reflexão filosófica e científica até o século XVIII. Tratava-se de entender como a natureza influenciava a história humana e não o contrário. Algumas elaborações sobre a terceira pergunta apareceram no que se refere aos melhoramentos da paisagem a partir das artes e do trabalho. Mas o tema da capacidade da ação humana para degradar, ou mesmo destruir, o mundo natural é essencialmente moderno. Esse tema não está relacionado apenas com as consequências da grande transformação urbano-industrial que ganhou uma escala sem precedentes a partir dos séculos XIX e XX, mas também com uma série de outros processos macro-históricos que lhe são anteriores e que com ela se relacionam. É o caso da expansão colonial europeia e da incorporação de vastas regiões do planeta, uma grande variedade de territórios e ecossistemas, a uma economia-mundo sob sua dominância. E também da institucionalização da ciência como um modo privilegiado de entendimento do mundo, com pretensão de universalidade e capacidade para estabelecer redes planetárias de investigação e troca de informações. A proposta de comparar regiões, produções naturais, economias e culturas – de constituir um saber

geográfico planetário – é fundamental para entender a emergência de uma preocupação com os riscos da ação humana. A própria ideia de destruição do futuro começa a aparecer nesse contexto (PÁDUA, 2002).

De acordo com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil a partir da Convenção de Estocolmo, em 1981 entra em vigor a Lei n. 6.938, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente e, de acordo com o seu art. 2º:

(...) tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Desse dispositivo extrai-se bem clara a ideia de desenvolvimento sustentável que a anima, com um viés ainda predominantemente antropocêntrico. Será bastante inovadora, instituindo, entre outros importantes institutos, a responsabilidade objetiva (sem culpa) em sede ambiental (art. 14, §1º)⁷, o princípio do usuário-pagador e poluidor-pagador (art. 4º, VII)⁸ e o princípio da prevenção (art. 2º e incisos)⁹. Pela primeira vez, pode-se falar em princípios e regras próprias, que fazem com que o direito ambiental no Brasil ganhe organicidade, distinguindo-o do direito administrativo ou do direito civil.

Após, haverá uma sucessão de leis que aprofundarão a sistematiza-

-
- 7 Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.
- 8 VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.
- 9 Quando a Lei. n. 6.938/1981 diz, em seu art. 2º, que em sua Política Nacional do Meio Ambiente observará como princípios a “proteção dos ecossistemas, com a preservação das áreas representativas”, e “a proteção de áreas ameaçadas de degradação”, está indicando especificamente onde aplicar o princípio da prevenção. Não seria possível proteger sem aplicar medidas de prevenção.

ção e importância do Direito Ambiental no ordenamento jurídico nacional. Destaca-se a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), que disciplina a ação civil de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, entre outros direitos difusos e coletivos, tratando-se poderoso instrumento para judicialização da questão ambiental, conferindo titularidade ao Ministério Público, Associações, órgãos e entidades públicas para, em juízo, representar os interesses ambientais, que, por sua natureza difusa, ou seja, sem pertencer a um titular determinado, mas sim a toda sociedade, ficavam sem tutela judicial adequada.

A Constituição Federal de 1988 coroa o meio ambiente, tratando-o pela primeira vez em capítulo autônomo na ordem constitucional nacional, e conferindo-lhe ampla proteção, adotando uma posição predominantemente antropocêntrica, embora com foco na ideia de desenvolvimento sustentável, que ganha realce e se converte na ideia mestre da ordem constitucional ambiental. Em especial, ressalte-se a importância de seu art. 225, que assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o como bem essencial de vida, concedendo ao Poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, indo além e prevendo diversos mecanismos para efetivação desse direito:

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder público:

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

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

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

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou ativida-

de potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

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

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

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

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

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

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

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

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

Fica evidenciada, ante a extensa gama de conceitos técnicos estranhos ao direito, a necessidade do intérprete em buscar conhecimentos interdisciplinares para a adequada compreensão do sentido e alcance

dessas disposições constitucionais:

A adequada compreensão do capítulo e dos dispositivos constitucionais voltados para o Meio Ambiente é essencial e exige uma atenção toda especial para disciplinas que não são jurídicas. Conceitos pertencentes à Geografia, à Ecologia, à Mineralogia etc. passam a desempenhar um papel na interpretação da norma constitucional que era completamente impensável antes da promulgação da Constituição de 1988. Este é, provavelmente, o maior desafio que o art. 225 lança ao jurista. Como estabelecer a adequada mediação entre o fato científico e o fato jurídico, a norma aplicável é uma questão que vem estimulando a criatividade do jurista. (ANTUNES, 2011, p. 70)

Por fim, o art. 170, que trata da ordem econômica, insere a defesa do meio ambiente como princípio desta; o art. 186, incisos I e II, estabelece como requisitos simultâneos para o cumprimento da função social da propriedade rural o aproveitamento adequado e racional dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente.

3.2 Conflitos socioambientais, socioambientalismo e o panorama contemporâneo da legislação ambiental

No mesmo período histórico – final da década de 1980 e década de 1990 – há a emergência de uma corrente socioambiental dentro do movimento ambientalista, que terá grande influência na formatação da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) – Lei n. 9.985/2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Essa corrente surge como uma reação aos conflitos socioambientais existentes, e o fim da ditadura militar permite que esses conflitos, antes abafados, emerjam para o seio da política institucional.

Os conflitos socioambientais, entretanto, estão longe de ser um fato novo, e, pode-se dizer, acompanham a história da humanidade. No caso do Brasil, esses conflitos existem desde os primórdios de sua criação, no conflito instaurado entre povos indígenas e europeus colonizadores. Tais

conflitos tratam da disputa por recursos naturais levada a cabo por grupos sociais com modos diferenciados de apropriação, uso e significação do território. Irrumpem quando pelo menos um dos grupos tem a continuidade das formas sociais de apropriação do meio que desenvolvem ameaçada por impactos indesejáveis – transmitidos pelo solo, água, ar ou sistemas vivos – decorrentes do exercício das práticas de outros grupos. O conflito pode derivar da disputa por apropriação de uma mesma base de recursos ou de bases distintas, entretanto ligadas por interações ecossistêmicas mediadas pela atmosfera, pelo solo, pelas águas, etc. Esse conflito tem por arena unidades territoriais compartilhadas por um conjunto de atividades cujo “acordo simbólico” é rompido em função da denúncia dos efeitos indesejáveis da atividade de um dos agentes sobre as condições materiais do exercício das práticas de outros agentes (ACSERALD, 2004).

Essas tensões que levaram à eclosão de conflitos socioambientais estão diretamente interligadas ao modelo de desenvolvimento econômico adotado de apropriação do espaço, sendo a opção política quanto a esse modelo o motivo primário da eclosão de tais embates. No caso brasileiro, pudemos observar, do pós-guerra aos anos oitenta, a constituição de uma modalidade de “fordismo periférico” (ACSERALD, 2004), por meio do qual grandes projetos de apropriação do espaço implementados pelo Estado desenvolvimentista articularam-se com a implementação de uma complexa estrutura industrial especialmente concentrada. Esse modelo levou à ampliação dos espaços integrados à dinâmica do desenvolvimento capitalista (grandes obras de infraestrutura, grandes barragens, projetos de mineração e irrigação para agroindustrialização), e aceleração dos ritmos do ciclo industrial de extração de materiais/emissão de efluentes e resíduos, em um processo de crescimento que gerou concentração da renda e visou ao incremento das exportações, notadamente de produtos com elevado valor energético.

A concentração da posse sobre os elementos da base material da sociedade mediante grandes projetos de apropriação do espaço e do meio ambiente material produziu grandes impactos e efeitos de desestruturação de ecossistemas, ao mesmo tempo em que os pequenos produtores, populações ribeirinhas e deslocados compulsórios foram concentrados em áreas exíguas, com terras menos férteis ou expulsos para cidades, resultando em perda de biodiversidade, comprometimento de disponibili-

dade de água, da fertilidade dos solos etc. Conflitos ambientais eclodiram, conseqüentemente, quando os atingidos por essas mudanças passaram a reclamar maior acesso aos recursos naturais, desde que foram estabelecidas garantias de visibilidade no espaço público que se constituiu após a ditadura militar, denunciando o comprometimento de suas atividades pela queda da produtividade dos sistemas biofísicos de que dependiam e pelo aumento do risco de perda da base material necessária à sua reprodução sociocultural e, no limite, sobrevivência física (ACSERALD, 2004).

Nesse contexto, portanto, no final da década de 1980 e na década de 1990, surgiu, no interior do movimento ambientalista, uma cisão entre um grupo preservacionista/conservacionista e outro, mais recente, socioambientalista. As tensões entre os dois já estavam claras nos preparativos para a Convenção sobre o meio ambiente e o desenvolvimento (Eco-92), mas acirram-se durante o longo processo (1990 a 2000) de tramitação do que viria a ser a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC – Lei n. 9.985/2000. *Os descentendimentos ocorriam, sobretudo, em torno da questão da permanência de populações humanas no interior das áreas protegidas.* Isso resultou na exclusão do SNUC de áreas protegidas, como reservas legais e áreas de preservação permanente (regidas pelo Código Florestal de 1965) e de terras indígenas. Levou ainda à criação de dois grandes grupos de unidades de conservação: a) as de proteção integral, que não admitem populações humanas residentes; e b) as de uso sustentável, que admitem populações humanas residentes e as suas respectivas atividades produtivas.

O socioambientalismo sustenta posições alinhadas com o conceito de desenvolvimento sustentável (que, como visto, leva em conta as esferas de desenvolvimento social, econômica e ambiental). Preocupa-se com mudanças sociais mais amplas, orientadas pelas noções de sustentabilidade e justiça social. Essas inquietações com a questão da sustentabilidade, com os povos indígenas e com populações rurais pobres (ditas “tradicionais”) e, principalmente, a sua forma de manifestar essas preocupações foram novas, mesmo para a “esquerda socialista” da qual a maioria dos expoentes do grupo é oriunda. *Trata-se de fundir a questão ambiental com a questão social.* Eles privilegiam um programa de reformas ou transformações mais amplas da sociedade.

No entanto, as críticas dirigidas aos preservacionistas/conservacionistas negam – talvez por desconhecimento, mais do que por posicionamento ideológico – o que era inovador e crucial nas formulações dos preservacionistas/conservacionistas, ou seja, *a questão da biodiversidade*. Essa questão esteve ausente no horizonte da “esquerda socialista” durante todo o período do regime militar e ainda nos dias de hoje continua de difícil compreensão para ela e para a maioria da sociedade. Os preservacionistas/conservacionistas, ao se preocuparem com espécies raras ou ameaçadas de extinção e com a criação de espaços protegidos (parques nacionais e reservas equivalentes), se ocupavam também com a proteção dos ecossistemas e com o uso racional dos recursos naturais (FRANCO; DRUMMOND; TAVARES, 2012).

Essa corrente ecologista socioambiental é denominada por Martinez-Alier (2007) de “ecologismo dos pobres”. Surge sobre os afluxos dos efeitos do crescimento econômico, mas sob viés diverso das demais correntes. É centrada no impacto desigual que o desenvolvimento causa, em nível global, considerando a globalização e a divisão internacional do trabalho, a imensos contingentes de grupos sociais, que são expulsos de suas terras e privados de seus meios de subsistência com a destruição do meio ambiente, a fim de que o capital possa se expandir, conquistando novos mercados, acesso a matérias-primas e locais de produção, destruindo o ambiente a sua volta e o moldando a seus interesses imediatos, sem se preocupar com o impacto nas populações locais. Tais impactos que sofrem não são solucionados do ponto de vista econômico ou tecnológico, restando apenas a luta política como forma de resistência (Martinez-Alier, 2007). Como leciona Martinez-Alier, o eixo principal desta terceira corrente não é uma reverência sagrada à natureza, mas, antes, um interesse material pelo meio ambiente como fonte de condição para a subsistência, não em razão de uma preocupação relacionada com os direitos das demais espécies e das futuras gerações de humanos, mas, sim, pelos humanos pobres *de hoje*. Essa corrente não compartilha os mesmos fundamentos éticos (nem estéticos) do culto ao silvestre. Sua ética nasce de uma demanda por justiça social contemporânea entre os seres humanos. O ecologismo popular ou ecologismo dos pobres constitui-se de denominações aplicadas a movimentos do mundo subdesenvolvido que lutam

contra os impactos ambientais que ameaçam os pobres, que constituem a ampla maioria da população mundial. Estes incluem movimentos de base camponesa cujas terras voltadas para pastos têm sido destruídas pela mineração ou por pedreiras; movimentos de pescadores artesanais contra os barcos de alta tecnologia ou outras formas de pesca industrial, que simultaneamente destroem seu sustento e esgotam os bancos pesqueiros; e por movimentos contrários às minas e fábricas por parte de comunidades afetadas pela contaminação do ar ou que vivem rio abaixo dessas tecnologias. Essa terceira corrente também tem sido apoiada por sociólogos ambientais e está crescendo em nível mundial pelos inevitáveis conflitos ecológicos distributivos. À medida que se expande a escala da economia, mais resíduos são gerados, mais os sistemas naturais são comprometidos, mais se deterioram os direitos das gerações futuras, mais conhecimento dos recursos genéticos é perdido. Alguns grupos da geração atual são privados do acesso aos recursos e serviços ambientais, e sofrem muito mais com a contaminação (MARTINEZ-ALIER, 2007).

No Brasil, há diversos movimentos que podem se enquadrar nessas características relacionadas ao “ecologismo dos pobres.” Desde os movimentos em prol dos direitos dos indígenas, passando por aqueles dos trabalhadores sem-terra, compreendendo, também, os seringueiros, capitaneados pelo líder Chico Mendes, que foi assassinado justamente ao se opor aos interesses de grandes proprietários, que viam a floresta como meio de sobrevivência para os seringueiros, como ameaça à expansão de seus pastos. Brotam, de todos os confins desse imenso país, esses conflitos socioambientais – nos quais a violência e a desigualdade social se retroalimentam e a questão ambiental ocupa espaço central –, ainda que muitas vezes não haja essa consciência pelos grupos que empreendem tais lutas, pois o desenvolvimento econômico se torna uma ameaça ao meio-ambiente, de onde esses povos retiram sua sobrevivência. Desenvolvimento este, frise-se, não destinado a beneficiar a população como um todo, mas a pequenos grupos privilegiados, cujos interesses são contrapostos à de uma maioria que retira de sua natureza sua subsistência.

A luta empreendida por tais grupos, em que pese extremamente desigual em forças e poder político e econômico, foi apta a conquistar algumas vitórias, que apesar de sempre sob ameaça, encontram-se posi-

tivadas no ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, da previsão de que as terras tradicionalmente ocupadas por índios são bens da União (art. 20, XI, da CF), e a previsão de propriedade àqueles remanescentes de quilombos (art. 68 do ADCT). A função socioambiental da propriedade extraída da CF também pode ser inserida nesse contexto.

As leis ambientais pós-CF de 1988 iriam se sofisticar, tendo como substrato sobretudo uma concepção, embora fluída, de desenvolvimento sustentável, que se trata, em verdade, de uma síntese de correntes preservacionistas, conservacionistas e socioambientais, que acabam por formar a concepção tripla e indissociável de desenvolvimento – econômico, social e ambiental.

Houve, contudo, ao longo da legislação pós-88, embates com interesses econômicos contrários a qualquer forma de proteção/conservação ambiental, que também deixarão suas marcas no ordenamento jurídico, e que atualmente parecem prosperar em diversos campos.

Além da Lei do SNUC, há uma ampla gama de legislação ambiental que merece menção:

A Lei n. 9.433/1997, referente à Política Nacional de Recursos Hídricos, que irá reger os conflitos pelo uso da água.

A Lei n. 9.605/1998, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, regulamentando a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Lei n. 9.795/1999, que intitui a Política Nacional de Educação Ambiental.

A Lei n. 11.428/2006, dispondo sobre a proteção e utilização da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

A Lei n. 12.187/2009, acerca da Política Nacional sobre as mudanças climáticas, estabelecendo compensações e controle de combustíveis fósseis.

A Lei n. 12.305/2010, relativa à Política Nacional de Resíduos Sólidos, com destaque à implantação de Centrais de Tratamento de Resíduos (CTRs) e o estabelecimento da logística reversa, que determina a determinados fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes estruturar e implementar o retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos (art. 33).

A Lei Complementar n. 140/2011, que vem com o objetivo de regular a multiplicidade de atores (órgãos intervenientes) com sobreposições de atribuições na competência constitucional comum administrativa relativa ao meio ambiente.

O Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), que, de acordo com o seu art. 1º,

Art. 1º – A. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos. (Incluído pela Lei n. 12.727/2012).

Parágrafo único. Tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável, esta Lei atenderá aos seguintes princípios: (...)

A discussão da proposta legislativa foi intensa. Desde quando o deputado Aldo Rebelo (PCdoB-SP) lançou, em 2009, o projeto alterando o Código Florestal vigente, desenhou-se um embate entre as empresas de base florestal e ambientalistas, por sugerir itens polêmicos como a anistia a desmatamentos ocorridos até julho de 2008, obrigatoriedade de recompor áreas de reserva legal por parte de pequenos proprietários, fixação de limite de Áreas de Proteção Permanente e diminuição das áreas protegidas em relação ao Código de 1965 (THUSWOHL, 2010).

A percepção atual, contudo, é de retrocesso quanto à proteção do bem ambiental, se alinhando a legislação, em grande parte, a uma visão desenvolvimentista descolada de uma genuína preocupação sustentável, que tem predominado em grande parte da história brasileira, especialmente pré-CF de 1988. O novo Código Florestal trouxe retrocessos relativos às limitações administrativas quanto ao uso do solo, mediante diminuição e exclusão de Áreas de Preservação Permanente e da Reserva Legal Florestal. Ademais, possibilita superar as restrições relativas à Reserva Legal através do parcelamento de grandes propriedades, bem como anistia das multas aplicadas pela violação das regras do revogado Código desde a edição do Decreto n. 6.514/2008, que re-

gumentou a Lei dos Crimes Ambientais (CELLEGHIN, 2015).

Os debates, frise-se, não terminaram no Legislativo. Foram julgadas pelo STF, em conjunto, a Ação Declaratória Constitucionalidade (ADC) 42 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937 relacionadas a disposições desse Código, que serão analisadas na seção secundária 3.2.

A Lei n. 13.123/2015 dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Traz a previsão da responsabilidade solidária da controlada, subsidiária e vinculada (nacionais) e controladora (estrangeira).

A tutela jurídica ambiental caminha em um sentido cada vez maior de especialização e complexidade, o que, aliado à disputa de diversos interesses conflitantes existentes na sociedade, fomenta a judicialização da questão ambiental.

3.3 Princípios do Direito Ambiental

O direito ambiental se torna consolidado no vértice do ordenamento jurídico com a CF/1988. A partir de então, uma variada gama de leis será criada, mas cada vez mais se fixam princípios e regras próprias desse ramo do Direito, que, ao lidar com bem essencial para a vida humana, merece um tratamento diferenciado que garanta a sobrevivência do bem jurídico difuso a que se propõe regular e proteger. Longe de se querer esgotar os princípios de direito ambiental catalogados pela literatura, o objetivo é aprofundar o estudo dos princípios que são fundamentais para a presente pesquisa.

3.3.1 Princípio do desenvolvimento sustentável

Também chamado de princípio da solidariedade intergeracional, o princípio do desenvolvimento sustentável foi expressamente previsto pela Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972¹⁰ e pela Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e

10 Princípio 2 – Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem

Desenvolvimento, de 1992¹¹. No Brasil, a Constituição da República, dispõe, no *caput* do art. 225, ser a defesa do meio ambiente um dever do Poder público e da coletividade, para as presentes e futuras gerações. Além disso, foi consagrado como princípio da ordem econômica (art. 170, VI, da CF), ao se estabelecer a defesa do meio ambiente como princípio daquela. Ademais, faz-se presente na exigência de estudo prévio de impacto ambiental para toda e qualquer atividade impactante do meio ambiente (art. 225, §1º, IV, da CF), possuindo nesse ponto relação íntima com princípio da prevenção.

O princípio tem por objetivo garantir as relações de cooperação e solidariedade entre distintas gerações, para que todas estas possam usufruir dos bens ambientais. Estes são escassos, e, mais importante ainda, responsáveis pela existência de vida no planeta. Preservar o acesso aos recursos naturais, evitando-se o seu esgotamento e exaurimento é, portanto, antes de ser uma medida apenas necessária para garantir a futura fruição econômica sobre esses bens, em última análise condição essencial para a sobrevivência dos seres vivos. A ideia latente desse princípio é não ser possível realizar atividades impactantes sem que sejam apresentadas medidas mitigadoras ou compensatórias do dano que será produzido no meio ambiente. Ainda que haja críticas de países periféricos no sentido de que a preservação do meio ambiente seria um entrave ao desenvolvimento, é sempre válida a advertência de Sachs: “a verdadeira escolha não é entre desenvolvimento e meio ambiente, mas entre formas de desenvolvimento sensíveis ou insensíveis à questão ambiental” (SACHS, 1993, p. 17).

Pelo meio ambiente ser parte de um todo, ou seja, do mundo, cujos efeitos das alterações na natureza locais são sentidos globalmente, já que o bem ambiental não possui fronteiras (princípio da ubiquidade), o que

ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento (USP, 1972).

- 11 Princípio 3 – O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras; Princípio 8 Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas (USP, 1992).

fica evidenciado na questão do aquecimento global, só será plenamente realizável o princípio se houver uma parceria global, em harmonia com o princípio da cooperação entre os povos (RODRIGUES, 2013).

Deve-se considerar simultaneamente cinco dimensões de sustentabilidade (SACHS, 1993): *sustentabilidade social*, onde o objetivo é melhorar substancialmente as condições de vida da maioria da população, diminuindo o abismo entre ricos e pobres; *sustentabilidade econômica*, cujo foco é a alocação e gestão mais eficiente de recursos; *sustentabilidade ecológica*, que diz respeito à intensificação do uso de recursos potenciais do ecossistema com um mínimo de dano, limitação do consumo de recursos facilmente esgotáveis ou ambientalmente prejudiciais, como os combustíveis fósseis, substituindo-os por produtos renováveis ou com maior abundância; redução da poluição e volume de resíduos; diminuição do consumo material, especialmente dos mais ricos e privilegiados; intensificação da pesquisa por tecnologias limpas; definições de regras e mecanismos mais adequados para proteção ambiental; *sustentabilidade espacial*, voltada a uma distribuição rural e urbana mais equilibrada que diminua a concentração excessiva e proteja ecossistemas, estabelecendo reservas naturais e de biosfera para proteção da biodiversidade; por fim, *sustentabilidade cultural*, introjetando o conceito de ecodesenvolvimento no seio dos modelos de produção e no modo de viver da população. Somente com a junção dessas dimensões de “sustentabilidades” haverá espaço para um desenvolvimento *efetivamente* sustentável¹².

O desenvolvimento sustentável, além de romper com uma visão puramente antropocêntrica, já que visa não apenas atender a uma necessidade humana, mas de todos seres vivos que habitam no planeta Terra, rompe uma concepção liberal puramente individualista, de direitos ilimitados, para considerar as relações intersubjetivas e os interesses dos outros, ainda que esse outro sequer possua condições de participar das discussões públicas, por ainda não existir. Essa ética da solidariedade desloca a discussão política do homem atomizado para aquele que, sem perder sua individualidade, “se entende como parte de um todo e, como parte, compromissado com o todo” (SCARPI, 2008, p. 79).

12 Por medida didática, fez-se a junção da sustentabilidade cultural e espacial à social ao longo deste trabalho.

Nesse ponto, é inarredável que o mundo discuta os padrões de consumo existentes, pois estes têm um impacto crucial sobre a crise do meio ambiente (SACHS, 1993), e isto está expresso no princípio da Declaração do Rio de Janeiro sobre meio ambiente. Ao se manter o nível de consumo dos países desenvolvidos¹³ e das minorias privilegiadas do mundo subdesenvolvido, não há desenvolvimento que se sustente. Somente a título exemplificativo, o nosso consumo atual de carbono e petróleo equivale a uma biomassa acumulada sob a crosta terrestre durante um período de “100 mil anos de fotossíntese de sol” (BEVILACQUA, *apud* LATOUCHE, 2009, p. 29).

Nessa toada, surgiu o conceito de *decrescimento*, que tem hoje entre seus maiores defensores Latouche, que escreveu obra referência sobre o assunto, “Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno” (2009). Trata-se de um movimento/projeto político que reúne aqueles que procedem a uma crítica radical ao próprio ideário de desenvolvimento, que acompanha a ciência econômica. Buscam abandonar o objetivo do crescimento ilimitado que permeia o imaginário econômico-político da sociedade, em que a sanha por lucros prevalece sobre qualquer valor, com consequências desastrosas para o meio ambiente, onde “(...) o próprio homem tende a se transformar no refugio de um sistema que a visa a torná-lo inútil e a prescindir dele” (LATOUCHE, 2009, p. 4-5). Para esse movimento, o desenvolvimento é por si insustentável: “o desenvolvimento é uma palavra tóxica, qualquer que seja o adjetivo com que o vistam” (LATOUCHE, 2009, p. 8-9). Critica-se que o termo “desenvolvimento sustentável” tem como única função conservar os lucros e evitar a mudança de hábitos, sem qualquer mudança significativa de perspectiva.

Há limites que não são meramente teóricos para o crescimento, cuja intuição remonta a Malthus (1766-1834), mas que só encontrará seu fundamento científico pelo engenheiro e pesquisador Carnot, ao elaborar sua *segunda lei da termodinâmica* em 1824. De acordo com essa lei, as transforma-

13 Embora sejam 5% da população mundial, os norte-americanos são responsáveis por 32% do consumo. Em média, cada cidadão dos EUA produz 760 quilos de lixo por ano – quase o dobro que um do Japão. O relatório State of the World 2010, da Worldwatch Foundation, calculou quantas pessoas o mundo conseguiria manter de forma adequada se elas tivessem os hábitos dos norte-americanos. Resultado: 1,4 bilhão. Porém já somos 6,6 bilhões. (ALBERT; FERNANDES, 2019).

ções de energia em suas diferentes formas (térmica, mecânica, etc) não são totalmente reversíveis, o que nos leva, assim, ao fenômeno da *entropia*, que é um verdadeiro limite *físico* para o crescimento. Entre os pioneiros da aplicação da segunda lei da termodinâmica à economia, destaca-se Podolinsky, ainda no século XIX. Entretanto, tal movimento apenas ganhou corpo nos anos 1970, com a junção da questão ecológica à econômica, sobretudo nos trabalhos de Georgescu-Roegen. Segundo o economista romeno, a economia trabalha com o modelo da mecânica clássica newtoniana, o que *exclui a irreversibilidade do tempo*, o que não é possível de acordo com o conceito de entropia, que prevê a não reversibilidade das transformações da energia e matéria (LATOUCHE, 2009). Apesar de a Terra não ser um sistema fechado, pois recebe a energia solar, a quantidade recebida é limitada, e isso não altera a limitação da sua superfície ou matérias-primas disponíveis. De natureza, portanto, entrópica, há a impossibilidade material de crescimento infinito em um mundo finito, daí porque os partidários dessa tese defendem uma *bioeconomia*, ou seja, uma economia no seio da biosfera.

Nossa sociedade adotou uma organização baseada na acumulação ilimitada. A desaceleração ou parada no crescimento é vista como um sinal de *crise* ou disfunção do sistema econômico. Através do tripé *publicidade* (desejo), *crédito* (meios) e *obsolescência acelerada* (necessidade) se constrói uma sociedade voltada a esse ideal “suicida” do crescimento sem limites (LATOUCHE, 2009): “esquecidos os bens de primeira necessidade, cada vez mais a demanda já não incide sobre *bens de grande utilidade*, e sim sobre *bens de alta futilidade*” (CACCIARI, *apud* LATOUCHE, 2009, p. 18). Somos “‘toxicodependentes’ do crescimento” (LATOUCHE, 2009, p. 22). Ademais, a manutenção da parte restante da biodiversidade depende de que seja poupada uma parte da biosfera, que devem ser distribuídas entre os principais biomas e áreas geográficas, que é avaliado em pelo menos 10% do espaço bioprodutivo (LATOUCHE, 2009). Reduzir a população, conforme Malthus advogava (e teorias neomalthusianas insistem em defender), não é resposta, pois o impacto principal não é o populacional em si, *mas os padrões de consumo observados pela sociedade baseada na lógica do crescimento ilimitado*, prova disso é que o impacto que um cidadão europeu ou norte-americano tem é infinitamente maior do que um africano da África subsaariana por exemplo. Conforme

estatística que se apresentou na nota de rodapé 15, embora sejam 5% da população mundial, os norte-americanos são responsáveis por 32% do consumo. A questão, portanto, está longe de ser simples. Menos pessoas na Terra terão um impacto muito menor (ou até mesmo não terão qualquer impacto) se se mantiver o ritmo de consumo existente.

O decrescimento, enquanto projeto político crítico ao desenvolvimento econômico, advoga uma mudança de paradigmas, que são condensados em oito “erres”, de acordo com Latouche (2009, p. 42): “reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, realocar, reduzir, reutilizar, reciclar. Esses oito objetivos interdependentes são capazes de desencadear um processo de decrescimento sereno, convival e sustentável”. *Reavaliar* implica uma mudança de perspectiva cultural, substituindo o modo de vida fundado no consumo e movido por pulsões espontâneas pela busca de uma inserção harmoniosa no mundo. “Substituir a atitude do predador pela do jardineiro” (LATOUCHE, p. 45). *Reconceituar*, implica em olhar o mundo de outra maneira, sendo imperioso desconstruir a dicotomia escassez/abundância que permeia o imaginário econômico, levando à apropriação da natureza e sua transformação e mercadoria. A escassez torna-se uma profecia autorrealizável, como ocorre, por exemplo, com a apropriação de bens de uso comum como a água, transformada em produto. *Reestruturar* significa uma mudança profunda no aparelho produtivo da sociedade, o que coloca em contradição com o modelo capitalista existente. Mas isso não significa, também, que seja um projeto socialista. O capitalismo e o socialismo produtivista são sociedades igualmente baseadas no desenvolvimento das forças produtivas. *Redistribuir* abrange a redistribuição das riquezas e o acesso aos bens naturais entre sociedades, classes, gerações, etc. O efeito seria reduzir o poder das classes consumidoras, e também dos “grandes predadores”, causado impacto, outrossim, no consumo ostentatório: “o desejo de consumir depende menos da existência de uma necessidade do que do desejo de afirmar seu *status* imitando o modelo daqueles que estão logo acima de nós” (VEBLEN *apud* LATOUCHE, 2009, p. 48). *Relocalizar* significa produzir localmente tudo o que puder sê-lo feito. E não se cinge ao aspecto econômico. A política, a cultura, todos os setores devem buscar uma ligação territorial. *Reduzir* é, além da conclusão lógica de se diminuir o consumo e a produção, se dar conta do exagero e desperdício de nossos hábitos nessa seara. Para

se ter noção, 80% dos bens postos no mercado são usados apenas uma vez antes de serem descartados, tais como canudos, utensílios plásticos, embalagens, etc. A produção de lixo doméstico por habitante é de 760 kg por ano nos EUA, e 200 kg na maioria dos países do Sul. O turismo de massa tem impacto devastador no meio ambiente e cultura dos países-destinos. Há de se buscar um novo significado e prazer para vida que não seja reduzido a consumo (LATOUCHE, 2009). *Reutilizar e reciclar* andam lado a lado. Trata-se de diminuir o desperdício de uma sociedade marcada pelo descarte, que vai além de produtos, e em uma análise chega as pessoas, conforme Bauman desenvolveu em diversas obras (“Amor Líquido”, “Vida para o consumo”, “O mal-estar da pós-modernidade”, “Medo Líquido”, etc.) a respeito da sociedade e relações líquidas características do tempo em que vivemos. Há necessidade de se combater a obsolescência programada e reciclar aquilo que não pode mais ser usado.

Como se observa, o projeto político do decrescimento tem grandes ambições de transformação da sociedade. Se serão possíveis ou irrealizáveis, não cabe, dados os limites deste trabalho, responder. Mas, o fundamental é que aponta, de forma crua e assertiva, as limitações que o conceito de *desenvolvimento sustentável* possui, em razão da própria tensão inerente aos conceitos de “desenvolvimento” e “sustentabilidade”. Alerta, outrossim, para o fato de que a questão ecológica é urgente e inevitável, não podendo ser postergada sob pena de caminharmos para um ponto de não-retorno¹⁴. Ademais, demonstra a relação intrínseca que existe entre a questão social e a ambiental, e a insuficiência de uma resposta meramente técnica ou econômica a um problema cujo cerne passa pela própria questão filosófica sobre o tipo de sociedade que pretendemos construir, e sobre quais valores são, de fato, importantes para nós. Trata-se para

14 Chama-se atenção para o alerta contido no *teorema da alga verde*, que serve como metáfora para o risco que corremos com nosso comportamento destrutivo relacionado à natureza (LATOUCHE, 2006, p. 38): “um certo dia uma pequena alga vem implantar-se numa grande lagoa. Embora o seu crescimento anual seja rápido, seguindo uma progressão geométrica de razão dois, ninguém se preocupa com isso até ela ter colonizado metade da superfície, fazendo pairar, a partir dessa altura, uma ameaça de eutrofização, isto é, de asfixia da vida subaquática. Só que, embora ela tenha levado vários decênios para chegar a isso, bastará um só ano para provocar a morte irreversível do ecossistema lacustre.”

Latouche (2009) de uma superação da modernidade e rompimento com um antropocentrismo estreito, construindo o *ecoantropocentrismo*, e (re)introduzindo a questão ecológica como centro da preocupação social política, cultural e espiritual da vida humana.

Assim, resumidamente, abraçar a leitura crítica feita pelo decrescimento não significa abandonar a importância do conceito de desenvolvimento sustentável, mas proceder a uma leitura deste princípio que leve em conta os seguintes parâmetros: 1) as suas limitações enquanto tábua salvadora para todos problemas ambientais como muitas vezes é “vendido” esse princípio, em especial no *marketing* de empresas e governos; 2) aprofunde seu alcance, considerando a urgência da questão ambiental e sua própria limitação para resolver os problemas ambientais (que pelo menos, portanto, reduza ao máximo os danos, embora não possa exterminá-los), ou seja, dê-se mais ênfase ao “sustentável” do que ao “desenvolvimento”, pelo menos quando esse se confunde com *crecimento econômico*; 3) leve em consideração a questão social considerando o impacto desigual que haverá entre diferentes grupamentos humanos na questão ambiental (por exemplo, africanos pobres ocupando uma área territorial na qual pratiquem uma agricultura de subsistência terão um impacto infinitamente menor do que uma grande propriedade rural que plante uma monocultura no mesmo local); 4) busque a sustentabilidade em *todas* as esferas possíveis – social, ambiental e econômica – pois são interligadas e inseparáveis.

3.3.2 Princípios da precaução e da prevenção

Apesar de os princípios em uma leitura apressada aparentarem representar valores semelhantes, os princípios da prevenção e da precaução não se confundem. A prevenção tem por objeto os “riscos ou impactos já conhecidos pela ciência”, fontes de um “perigo concreto”. Por sua vez, a precaução procura evitar os “riscos ou impactos desconhecidos” ou o “risco incerto”, que diz respeito ao “perigo abstrato” (RODRIGUES, 2013). A prevenção supõe, portanto, a *ciência* dos riscos e das medidas destinadas a evitar ou a diminuir os danos, enquanto a aplicação do princípio da precaução é determinada em razão das *incertezas* do não conhecimento, que poderá ou não existir concretamente afinal.

A prevenção fica expressa no art. 225 da Constituição Federal de 1988, que impõe à coletividade e ao Poder público o dever de proteger e preservar o equilíbrio ecológico, para as presentes e futuras gerações. É um dos princípios mais importantes do direito ambiental, pois “uma vez ocorrido qualquer dano ambiental, sua reparação efetiva é praticamente impossível” (RODRIGUES, 2013, p. 305). Exemplos não faltam, alguns trágicos. Basta rememorar o acidente nuclear em Chernobyl, ocorrido em 1986. Estimativas dão conta que somente após 20 mil anos a zona de exclusão do acidente, que cobre uma área de 2.600 km², será novamente habitável (ÚLTIMO SEGUNDO, 2015). No Brasil, até hoje permanece em grande parte o dano (que é incalculável em sua totalidade) causado pelo rompimento da barragem de Mariana em 5 de novembro de 2015, que lançou cerca de trinta e quatro milhões de m³ de rejeitos no meio ambiente, causando a destruição de 1.469 hectares ao longo de 77 km de cursos d’água, incluindo áreas de matas ciliares (GREENPEACE BRASIL, 2017).

Na legislação ordinária brasileira, a prevenção resulta dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, enunciados pelo art. 2º da Lei n. 6.938/1981. Ao usar os vocábulos “proteção” e “prevenção” fica evidenciado que a principal finalidade daquele diploma legal é prevenir:

Art 2º – A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

(...)

IV – Proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

(...)

IX – Proteção de áreas ameaçadas de degradação.

Um importante mecanismo de aplicação é o licenciamento ambiental. O art. 225, §1º, IV, da CF, dispõe que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder

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

O princípio da precaução, por outro lado, atua antes mesmo da prevenção: “evita-se o próprio risco ainda imprevisto” (RODRIGUES, 2013, p. 308). Foi consagrado, no plano internacional, na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, com a seguinte redação (princípio 15):

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (USP, 1992).

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova Iorque em 9 de maio de 1992 e promulgada pelo Decreto n. 2.652/1998 (integrando, portanto, formalmente o ordenamento jurídico brasileiro), adotou expressamente o princípio da precaução, conforme o disposto no art. 3º, 3.¹⁵ No plano interno, a CF/1988 o prevê na imposição ao Poder público, pelo art. 225, § 1º, V, da atribuição de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Cabe ainda salientar, entre outros, a referência à precaução pela Lei

-
- 15 As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.

n. 9.605/1998 (Crimes Ambientais), cujo art. 54, § 3º, dispõe: “incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

Ressalte-se ser desnecessária a certeza científica acerca dos danos potenciais, sendo suficiente a ameaça hipotética, porém plausível. O princípio incide tanto em questões relativas ao meio ambiente, quanto à saúde, devendo-se enfatizar a profunda identificação entre essas duas esferas. Nesse sentido, decidiu recentemente o STF em sede de repercussão geral, aplicando o princípio da precaução visando a garantir a proteção da saúde e do meio ambiente no que concerne a exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, estações transmissoras de radiocomunicação, etc., as-sentando expressamente a incerteza científica que reina sobre o tema, fazendo, portanto, incidir o princípio da precaução a fim de evitar o risco ainda hipotético:

O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela administração pública. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população

em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei 11.934/2009 (STF. RE 627.189, rel. Min. Dias Toffoli, j. 8-6-2016, P, DJE de 3-4-2017, Tema 479).

Esse princípio tem importante reflexo quanto ao *ônus da prova* acerca de uma atividade poder causar dano ambiental, devendo o empreendedor comprovar que a atividade que pretende desempenhar não oferece riscos (RODRIGUES, 2013), o que é uma consequência bastante relevante do ponto de vista prático, em especial na judicialização da saúde, mas também, antes disso, na própria atividade da Administração no que concerne ao fornecimento de licenças ambientais para empreendimentos. Caso emblemático no plano internacional foi a petição da Nova Zelândia à Corte Internacional de Justiça requerendo que a França provasse que os testes nucleares por ela realizados não aumentariam o risco de dano ambiental (WEDY, 2017). No Brasil, o STJ tem decidido no mesmo sentido, conforme fixado no REsp 1.060.753/SP, rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 1º/12/2009.

A ausência de certeza científica acarreta diversos problemas quanto à avaliação do risco e das condutas apropriadas, desde uma resposta excessiva ao um risco superdimensionado a uma omissão diante de um risco indevidamente minimizado. A decisão envolve a consideração dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista a ausência de certeza quanto aos riscos e às medidas apropriadas (CELLEGHIN, 2015), o que pode levar a inúmeras discussões na prática. Por tal razão, enfatiza-se que o direito demanda uma aproximação interdisciplinar cada vez maior na esfera ambiental, visto que a discussão dessa matéria exige conhecimentos técnicos que extrapolam o jurídico, e são essenciais para se aferir o real alcance dos princípios trabalhados na disciplina, buscando uma solução, no caso do princípio da precaução, que não seja impeditiva da atividade econômica por um lado, mas que, por outro, ofereça balizas e salvaguardas efetivamente seguras ao meio ambiente.

3.3.3 O princípio da proibição de retrocesso ambiental

É recorrente o argumento¹⁶ de que a diminuição da proteção ambiental alavancaria o desenvolvimento econômico, além de se fazer necessária a desregulamentação, tendo em vista a complexidade e a proliferação de normas ambientais conservacionistas. Nesse contexto, avançam as tentativas de diminuição do grau de proteção ambiental, que envolvem reformas legislativas e a implantação das normas, além da diminuição da divulgação de informações e da participação social (BENJAMIN, 2012).

O princípio da proibição do retrocesso é baseado em três ideias básicas: a finalidade do Direito Ambiental, a necessidade de se afastar o princípio de mutabilidade do Direito e a intangibilidade dos direitos humanos (PRIEUR, 2012).

O primeiro fundamento resulta da própria origem do direito ambiental, cujo marco internacional é a conferência mundial sobre o homem e meio ambiente de Estocolmo (1972), com o objetivo de frear a “degradação ambiental” e o “esgotamento dos recursos naturais”, como resultado de uma “ética ambiental”. A mutabilidade do Direito, expressão do princípio democrático e da adaptabilidade à evolução social, tem por exceções os direitos humanos e, especificamente, o Direito Ambiental, considerando os direitos das gerações futuras à saúde e à vida (PRIEUR, 2012).

Deve-se considerar ainda que “a degradação ambiental, vista como custo social, não passa de tributação das gerações futuras, encargos esses que, da sua imposição política, os nossos descendentes não participaram” (BENJAMIN, 2012, p. 70). A diminuição da proteção ambiental atenta, portanto, contra as gerações humanas vindouras, impossibilitadas de defender seus interesses no momento presente, além das espécies ainda desconhecida pela Ciência (BENJAMIN, 2012).

Saliente-se que a vedação ao retrocesso representa a proibição de

16 Inclusive repetido pelo presidente recém-empossado Jair Bolsonaro: “para o candidato, o Brasil ‘não suporta’ ter parte de seu território ‘demarcado como terras indígenas, proteção ambiental, parques nacionais e essas reservas todas’. ‘Atrapalha o desenvolvimento. Não podemos continuar admitindo uma fiscalização xiita por parte do ICMBio e do Ibama, prejudicando quem quer produzir’, afirmou na ocasião” (MELO, 2018).

uma proteção deficiente do bem jurídico, mas não a busca utópica pela poluição zero. Não significa uma petrificação da legislação ou a intangibilidade do meio ambiente. Diante da mutabilidade das condições ambientais, por descobertas científicas, recuperação ou melhoria, os parâmetros de não regressão também evoluem. Assim, admite-se a retirada de uma proteção que deixe de ser necessária ou indispensável, como ocorreria se uma espécie deixasse a lista das ameaçadas de extinção (BENJAMIN, 2012).

No plano internacional, a vedação ao retrocesso é inferida do objetivo de proteção ao meio ambiente, que consta do princípio n. 7 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, segundo o qual “os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre” (USP, 1992).

Na Constituição da República, pode-se identificar com fundamentos para tal princípio o dever de proteger os núcleos intangíveis relacionados à preservação ambiental, a saber, “a) os processos ecológicos essenciais, b) a diversidade e integridade genética, e c) a extinção de espécies – art. 225, § 1, I, II e VII -” (BENJAMIN, 2012, p. 63), por meio de uma atuação positiva ou, no caso do último núcleo, um não fazer.

Também na legislação infraconstitucional se encontra base para afirmar a vedação de retrocesso, já que, nos termos do art. 2º, caput, da Lei n. 6.938/1981, “a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, *melhoria* e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida”:

Ora, prescrever, como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, a “melhoria da qualidade ambiental propícia à vida” é até dizer mais do que ambiciona o princípio da proibição de retrocesso, pois não bastará manter ou conservar o que se tem, impondo-se melhorar, avançar (= progresso) no terreno daquilo que um dia ecologicamente se teve, e desapareceu, ou hoje se encontra dilapidado, e, se não zelado de maneira correta, mais cedo ou mais tarde desaparecerá (BENJAMIN, 2012, p. 64).

Trata-se de um princípio sistêmico, que resulta das disposições normativas do Direito Ambiental, e geral, a partir da expressão normativa de

suas “bases e conteúdo ecológicos (= o mínimo ecológico, a garantia dos processos ecológicos essenciais, a hiperproteção dos ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, a preservação absoluta das espécies ameaçadas de extinção)” (BENJAMIN, 2012, p. 62-3).

Assim se encerra a leitura da seção, cujos conhecimentos serão imprescindíveis para a análise crítica dos julgados do STF e desenvolvimento dos parâmetros decisórios a seguir.

4 Análise crítica da jurisprudência do STF

4.1 Caso Raposa Serra do Sol (PET 3388 STF)

Os conflitos que levaram o caso Raposa Serra do Sol ao STF têm como principal viés a disputa que envolveu arrozeiros e indígenas no Norte do país, em faixa de terra localizada no Estado de Roraima. Aqueles, com o avanço da fronteira agrícola, em busca de terras cultiváveis, passaram a invadir os espaços antes ocupados pelos indígenas de várias etnias (Taurepang, Macuxi, Wapixana, Ingarikó e Patamona), promovendo o desmatamento da vegetação natural. O processo de demarcação pelo Ministério da Justiça iniciou-se na década de 70, havendo, inclusive, a indenização e reassentamento de não índios. De acordo com o Ministério da Justiça, “a resistên-

cia se reduz a um pequeno grupo de produtores de arroz que se instalou no local no início dos anos 90 e ampliou sua área de produção, mesmo sabendo que as terras eram de propriedade da União” (G1, 2008). De forma cronológica, o conflito pode assim ser disposto, tendo o seu desfecho pelo julgamento do Pleno do STF em 19 de março de 2009¹⁷:

1998

Em 1998, o Ministério da Justiça publica a Portaria n. 820, de 11/12, que declarou como de posse permanente indígena a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com superfície aproximada de 1.678.800 hectares e perímetro de 1.000 km. A partir de então, a Fundação Nacional do Índio (Funai) e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) iniciaram o levantamento das benfeitorias realizadas pelos ocupantes da região.

1999

A homologação da Raposa Serra do Sol passou a ser alvo de contestação judicial entre o estado de Roraima e a União. O Ministério Público Federal pediu ao Supremo Tribunal Federal (STF) que se declarasse competente para julgar as ações de fazendeiros locais contra a portaria 820/98, que declarava a posse definitiva da reserva aos índios.

2005

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou decreto que homologa de forma contínua a terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. O reconhecimento desta terra foi uma reivindicação histórica dos índios da região – das etnias macuxi, wapixana, ingarikó, taurepang e patamona. No mês de abril, o STF extinguiu todas as ações que contestavam a demarcação das terras da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Um arrozeiro chegou a ser condenado a 12 meses de prisão por agredir um oficial de justiça encarregado de citá-lo em processo de desocupação de área indígena.

17 Decisão de julgamento da PET 3388 publicado no DJE de 25/9/2009.

2006

O Supremo Tribunal Federal manteve, por unanimidade, decreto sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

2007

Em junho, o STF determinou a desocupação da reserva indígena Raposa Serra do Sol por parte dos não-índios. Em setembro, chefes indígenas da reserva Raposa Serra do Sol e representantes do Governo federal assinaram carta-compromisso para evitar conflitos na região. No documento, os representantes indígenas das cinco etnias que vivem na reserva afirmaram que não querem mais se envolver nos conflitos pela retirada dos não-índios que ainda permanecem no local. No final do ano, os rizicultores pediram ao MJ que esperasse a colheita da safra do arroz para deixarem a terra indígena. No entanto, após a safra, eles não se retiraram. Foram negadas duas liminares que pediam a suspensão da portaria que demarca terra indígena.

O Incra começa o reassentamento dos não-índios da reserva. O órgão pretende reassentar 180 famílias, das quais 130 requerem lotes de 100 a 500 hectares e as outras 50 reivindicam parcelas de até 100 hectares.

2008

Em março, o procurador-geral da República, Antonio Fernando Souza, encaminhou recomendação ao Presidente e ao Ministro da Justiça para que promovam a imediata retirada dos ocupantes não-indígenas da área homologada. A recomendação foi enviada a pedido do Ministério Público Federal em Roraima. Em abril, o STF suspende qualquer operação para retirar os não-índios da reserva indígena Raposa Serra do Sol, impedindo que a Polícia Federal dê continuidade à Operação Upatakón 3. A decisão foi unânime e vale até que a Corte julgue o mérito das ações principais que versem sobre a demarcação da reserva indígena (G1, 2018).

Esse conflito se adequa perfeitamente ao conceito de conflitos socio-

ambientais, conforme visto na seção secundária 2.2, quando se faz menção à disputa, por diferentes grupos culturais-sociais, de recursos naturais. O contexto histórico do caso Raposa Serra do Sol está diretamente interligado à política econômica adotada pelo Estado desenvolvimentista, que encontrou seu ápice durante a ditadura militar, com o “milagre econômico”, representando, em termos ambientais, uma grande catástrofe, com a apropriação e devastação de imensas áreas do território nacional, acompanhada da expulsão de povos nativos, excluídos das engrenagens daquele modelo e vítimas da expansão da fronteira agrícola. A demarcação da raposa Serra do Sol naquele período dos anos 70 se dá no contexto de crescimento econômico e apropriação de terras desordenados.

Tratou-se a PET 3.388-4/Roraima de ação popular ajuizada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto em face da União, pleiteando a declaração de nulidade da Portaria n. 534/2005 do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, em que definidos os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Sustentava, em síntese, que o ato derivou de procedimento de demarcação viciado e ofenderia os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal. Argumentava que a demarcação contínua acarretaria consequências desastrosas para os não índios, e que haveria comprometimento da segurança e da soberania nacionais, além de mutilação do território do Estado-membro.

A competência do Supremo foi fixada no julgamento da Reclamação n. 2.833-0/RR, da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto. Na ocasião, com fundamento no artigo 102, inciso I, alínea “f”, da Constituição Federal, visto o conflito federativo entre interesses do Estado de Roraima e da União, assentou-se caber àquela Corte julgar as lides envolvendo a questão da nulidade do processo demarcatório da Reserva Raposa Serra do Sol, tendo sido cassadas liminares anteriormente formalizadas.

Em seguida, considerada a revogação da Portaria n. 820/1998 e a edição da Portaria n. 534/2005, a competência veio a ser novamente assentada, sob o mesmo fundamento, litígio federativo. Não se adentrará em minúcias das questões suscitadas de natureza processual, eis que indiferentes ao objeto de estudo.

A contenda foi julgada parcialmente procedente pelo STF em 2009,

quando se estabeleceu que a reserva deveria ser contínua, determinando a saída imediata dos agricultores não indígenas. O julgado restou extensamente ementado, *verbis*:

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI N. 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA N. 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

1. Ação não conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria n. 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na Terra Indígena São Marcos, matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público.

3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto n. 1.775/1996, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 24.045, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos n. 22/1991 e n.1.775/1996). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se

revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo índios é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As terras indígenas versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou independência nacional (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as terras indígenas são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhue qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sociocultural, e não de natureza político-territorial.

6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO

PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS POVO, PAÍS, TERRITÓRIO, PÁTRIA OU NAÇÃO INDÍGENA. Somente o território enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo terras é termo que assume compostura nitidamente sociocultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em terras indígenas. A traduzir que os grupos, organizações, populações ou comunidades indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, País, Pátria, território nacional ou povo independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de nacionalidade e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O de-

envolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de desenvolvimento nacional tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si

toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena.

11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

12. DIREITOS ORIGINÁRIOS. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de originários, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como nulos e extintos (§ 6º do art. 231 da CF).

13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica

de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em bolsões, ilhas, blocos ou clusters, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de conservação e preservação ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condissão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de

fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma convivência empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente má de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.

18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS

INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.¹⁸

Inovando, no julgamento da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima (PET 3388 STF), o STF estabeleceu 19 salvaguardas (ou condicionantes) a serem seguidas, que foram, nos termos do que restou consignado no acórdão, “ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa.” Essas Salvaguardas foram ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e integram a parte dispositiva da decisão:

i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; **ii)** o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; **iii)** o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; **iv)** o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; **v)** o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária,

18 Houve 9 votos pela procedência parcial da ação (Ministros Ayres Britto, Menezes Direito, Eros Grau, Ricardo Levandowski, Carmen Lucia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ellen Gracie), 1 voto pela improcedência (Min. Joaquim Barbosa) e 1 voto pela procedência (Min. Marco Aurélio).

a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; **(vi)** a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; **(vii)** o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; **(viii)** o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **(ix)** o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; **(x)** o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **(xi)** devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; **(xii)** o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; **(xiii)** a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; **(xiv)** as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena

ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, Lei n. 6.001/1973); **(xv)** é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973); **(xvi)** as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; **(xvii)** é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; **(xviii)** os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e **(xix)** é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento

Essas salvaguardas desenharam uma “verdadeira política pública para terras indígenas” (FALCÃO, 2015, p. 96). Embora tenha sido posteriormente esclarecido pelo próprio STF que a decisão ali tomada não tem efeito vinculante¹⁹, não se estendendo, portanto, a outros litígios que en-

19 Decisão proferida em embargos de declaração na PET 3388 STF, publicada no DJE em 4/2/2014: 3. “As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.”

volvam terras indígenas, a ausência de vinculação formal não impede que a jurisprudência construída pelo STF, estabelecendo diretrizes, possa ser seguida pelas demais instâncias. Isso porque, embora não possua efeitos vinculantes, na declaração do Min. Barroso, “a decisão ostenta a força intelectual e persuasiva da mais alta Corte do País” (BRASIL, 2013), havendo o “ônus argumentativo” (BRASIL, 2013) em seu favor em casos posteriores similares, leitura esta que, em uma análise inicial, encontra plena coerência com a virtude da integridade assentada por Dworkin, em que pese haja vozes que defendam que essas salvaguardas extrapolaram o âmbito das sentenças aditivas²⁰ (SOUZA NETO; SOUSA FILHO, 2013) por não “[...] haver prévia existência de omissão normativa” (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 234). Ademais, argumenta-se que restringiria a autonomia dos povos indígenas sem contraditório (ARAUJO JUNIOR, 2018).

A crítica lançada contra a possibilidade em tese do estabelecimento de tais salvaguardas, contudo, merece ser rechaçada. Trata-se de uma medida importante de pacificação social, consolidando a jurisprudência daquele Tribunal. O STF tem ultimado, em algumas oportunidades, técnicas similares de decisão, como no caso da STA 175²¹, onde foram estabelecidas condicionantes para questões relativas à judicialização da saúde. A crítica contra o conteúdo desses parâmetros será sempre possível, mas a existência em si deles é medida fundamental para se estabelecer uma jurisprudência minimamente consistente.

Ao fixar parâmetros objetivos, o STF traz segurança jurídica e busca conferir integridade ao sistema jurídico. Contudo, deve ficar o alerta, só é possível o cumprimento desse objetivo se tais parâmetros forem elaborados após discussão exaustiva sobre o tema no plenário e na sociedade, com a participação de todo o colegiado e interessados possíveis, o que foi observado nesse caso, em que houve a intervenção de diversos *amici curiae*, e ampla discussão social. Além disso, tais parâmetros não são

20 A decisão aditiva, sem afetar o texto da norma impugnada, amplia seu conteúdo normativo, incluindo algo que o texto da disposição não previa expressamente.

21 Publicada no DJE em 30/4/2010. Para mais, conferir artigo de minha autoria: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/marcio-santoro-sta-175-judicializacao-saude#_ftn1> Acesso em: 4 fev. 2019.

vinculantes para casos futuros, não havendo, portanto, qualquer ofensa ao contraditório ou ampla defesa no caso de essas questões virem a ser novamente ventiladas, e nem impedindo a edição de uma regra pelo parlamento ou poder constituinte derivado em sentido diverso.

Contudo, conforme visto, o ônus argumentativo da mudança de entendimento será de quem a propõe. As salvaguardas esmiúçam o julgado original, e representam uma série de questões que são fundamentais para se entender o *estado da arte* acerca do entendimento da Suprema Corte nacional sobre a questão indígena, que está inserida em outra maior, a questão socioambiental, intrinsecamente ligada a si, considerando o ambiente natural como indissociável daquele necessário para preservar sua cultura e subsistência dos povos indígenas de acordo com seus costumes imemorráveis. Não é coincidência, portanto, o fato de que muitas dessas áreas se encontrem no interior de unidades de conservação, como é o caso da Raposa Serra do Sol, objeto de nosso estudo, onde 116 mil hectares do Parque Nacional Monte Roraima estão superpostos àquela terra indígena (UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 2019).

Da leitura da ementa do julgado em conjunto com suas salvaguardas, verifica-se, primeiramente, que uma das grandes preocupações do Supremo foi dispor sobre *parâmetros e limites* acerca da *exploração econômica* dessas terras, o que fica evidenciado nas salvaguardas i, ii, iii, iv, vii, xiv, xv, xvi, xviii e itens 10 e 14 da ementa do acórdão. Outra preocupação foi acerca de traçar os *limites à liberdade em relação ao Estado* que os indígenas possuem ao se utilizar desses espaços: i, ii, iii, v, vi, vii, viii, ix, x, xi, xii, xiii, xvi, xvii, xix e itens 5, 7, 14 e 17 da ementa do acórdão.

Como se observa, muitas dessas salvaguardas e trechos do acórdão são inspirados por princípios sobrepostos, ou seja, muitas vezes uma mesma salvaguarda/trecho da ementa do acórdão visa a equilibrar a complexa relação entre a questão indígena, desenvolvimento econômico e soberania estatal de forma simultânea. A preocupação externada pelo julgado reproduz em grande medida os embates da Constituinte, onde as Forças Armadas e as empresas de mineração foram os grupos de interesse que atuaram de forma mais ativa no sentido de opor resistência quanto à definição dos limites e conformação do regime jurídico de terras indígenas. As divergências giravam em torno de temas como soberania, defesa de fron-

teiras e exploração econômica dessas terras, enxergando esses grupos de interesses os indígenas muitas vezes como adversários de seus projetos políticos (ARAUJO JUNIOR, 2018).

Há nitidamente uma preocupação subjacente no que concerne às salvaguardas e tópicos econômicos do julgado, que é uma ideia, embora incipiente, de *desenvolvimento sustentável*, ou seja, a busca por uma conciliação entre o desenvolvimento econômico, social e a preservação ambiental, permitindo, desde que observados determinados limites, a exploração econômica do território indígena, como, por exemplo, é o caso da salvaguarda i²². Isso fica expresso em trecho da própria ementa daquele julgado, *in verbis*:

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas *tirar proveito* delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.²³

Para melhor compreensão das razões do julgado, destaca-se trecho do voto do relator da PET 3.388, Ministro Ayres Britto:

79. Daqui se infere o despropósito da afirmação de que “índio só atrapalha o desenvolvimento”, pois o desenvolvimento como categoria humanista e em bases tão ecologicamente equilibradas quanto sustentadas bem pode ter na cosmovisão

22 i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar.

23 Ementa da PET 3388 publicado no DJE de 1º/7/2010

dos indígenas um dos seus elementos de propulsão. Por isso que ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é hostilizar e menos ainda escorraçar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico dos seus territórios (territórios dos entes federativos, entenda-se) e a partir da culturalidade intraétnica fazer um desafio da mais criativa reinvenção da sua própria história sócio-cultural (CONJUR, 2008).

Convém, contudo, confrontar o próprio conceito de *desenvolvimento sustentável*, conforme realizado na seção 2.3.1 deste trabalho, com o seu manejo no julgado.

Percebe-se a extrema força de penetração nos discursos oficiais da ideia de desenvolvimento sustentável, que se tornou um *mantra budista* (MADEIRA FILHO; SIMON, 2016), sendo o grande eixo principiológico que permeia a construção da decisão pelo Supremo no caso “Raposa Serra do Sol”. O Brasil tem diversos dispositivos constitucionais e legais que consagram o princípio do desenvolvimento sustentável. A começar, nossa Carta Constitucional insere a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica:

170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003)

Ao dispor sobre a atividade garimpeira, o constituinte também insere o meio ambiente como valor a ser protegido:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[...]

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

A proteção do meio ambiente é, também, inserida como requisito a que a propriedade rural atenda a sua função social:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

[...]

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

E o próprio capítulo da Constituição Federal de 1988 que dispõe sobre o meio ambiente também ressalta esse viés de desenvolvimento sustentável, ao prever mecanismos para a compatibilização do desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, ou ao menos a redução de impacto nesse do desenvolvimento econômico:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder público:

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

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

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

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

Regulamentando esses dispositivos constitucionais, foram editadas diversas leis federais. A própria lei que dispõe sobre o Sistema de Unidades de Conservação prevê unidades de uso sustentável (art. 7º, II, da Lei n. 9.985/2000), nas quais se visa a “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais” (§. 2º do art. 7º da Lei n. 9.985/2000).

Assim, não é de se estranhar que tenha o Supremo nesse paradigmático julgamento da PET 3388 tantas salvaguardas imbuídas dessa linha principiológica.

Entretanto, afirmar que esse antagonismo entre a questão indígena (que, como se viu no início, é indissociável da questão ambiental) e o desenvolvimento é *falso*, como destacado na ementa do julgado peca por uma visão rasa e abstrata sobre o tema, que é bastante complexo quando há contato do mundo do direito *ideal, neutro* com o real. O direito dos indígenas deve ser entendido como *trunfo* na definição dworkiniana, ou seja, como *resistência ao utilitarismo* por parte de uma minoria social. Deve se rememorar o contexto de surgimento da proteção dos povos indígenas na Carta de 1988, abraçando uma concepção inovadora, de caráter não integracionista desses povos, conferindo-lhes autonomia (ARAÚJO JUNIOR, 2018), que se deu no campo de ideias que se funde no chamado movimento socioambientalista ou “ecologismo dos pobres”, na classificação de Martinez-Alier (2007). A luta empreendida por tais grupos contra um desenvolvimento econômico que os exclui e destrói suas terras, em que pese extremamente desigual em forças e poder político e econômico, foi apta a conquistar algumas vitórias, que apesar de sempre sob ameaça, encontram-se positivadas no topo do ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, da previsão de que as terras tradicionalmente ocupadas por índios são bens da União (art. 20, XI, da CF), bem como da previsão de propriedade aos remanescentes de quilombos (art. 68 do ADCT).

A ideia expressa na ementa do julgado de que os entes federativos devem “tirar proveito” (item 10 da ementa) das comunidades indígenas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios faz com que princípios como desenvolvimento sustentável e autonomia dos povos indígenas não passem de um expediente retórico, visto que, na prática, se dá preponderância a questões de ordem econômica utilitárias (argumentos de política), supostamente em prol da maioria, em detrimento de direitos (proteção daquela minoria e de seu modo de vida cultural), que fica escancarado ao se analisar com mais cuidado as salvaguardas econômicas ii, iii e iv. Veja-se:

(ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

Os recursos minerais são propriedade da União (art. 20, IX, da CF); os potenciais de energia hidráulica idem (art. 20, VII), competindo à União estabelecer áreas para a garimpagem (art. 20, XXV). Os recursos hídricos, a depender do caso, serão da União ou dos Estados. De acordo com o art. 231, §2º, da CF, cabe aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, entretanto exclui o que concerne a recursos hídricos e potenciais energéticos, que necessitam de autorização do Congresso Nacional e lei regulamentadora, que também é necessária para a pesquisa e lavras das riquezas minerais, nas quais é assegurada participação, na forma da lei:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995)

[...]

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Essas salvaguardas, portanto, apenas repetem o texto constitucional, com pequenas alterações quanto à redação apenas. Se o objetivo das salvaguardas era o de assegurar direitos e fortalecer a jurisprudência consolidada, poderiam (e deveriam) ir além ao especificar que tipo de *desenvolvi-*

mento sustentável se pretende assegurar, procedendo o que Dworkin chama de *integridade* – que exige que a interpretação das leis não seja o resultado de concepções de justiça subjetivas ou contraditórias, mas se mostre coerente, tendo em vista que as decisões judiciais devem ser justificadas por princípios, e não, repise-se, por argumentos metajurídicos (no que se incluem argumentos de política) ou baseadas na vontade discricionária do intérprete.

O Supremo, ao se omitir no julgado sobre *parâmetros objetivos* que possibilitariam esse tipo de exploração em terras indígenas, limitando-se a repetir trechos da Carta Constitucional, não cumpriu o papel de oferecer uma *efetiva* defesa de direitos, entendidos enquanto *trunfos*, daqueles povos. Sabe-se e é notório o imenso potencial de dano ambiental e social de empreendimentos hidrelétricos e de mineração. Exemplos há aos montes. Na exploração mineral, tragédias recentes de rompimento de barragens de rejeitos de mineração em Mariana e Brumadinho demonstram os riscos extremamente altos do empreendimento, que vão além da própria poluição inerente a essa atividade, que tem como subproduto enormes resíduos e dejetos tóxicos, responsáveis, por exemplo, por 50% da poluição tóxica industrial nos EUA (PENNA, 2009).

Quanto à exploração dos potenciais hidrelétricos, igualmente há uma enorme gama de danos ambientais, resultantes da alteração do curso de águas e inundação de enormes quantidades de terras, que provocam danos a todo o ecossistema onde se localizam tais empreendimentos. A autorização do Congresso e a necessidade de lei não são uma *carta em branco*. Há de se ter balizas, visto que não há um interesse utilitário (político) da maioria que se sobreponha aos direitos das minorias (trunfos). Inclusive, para autores como Taylor, o modo como as sociedades liberais tratam as minorias é critério tão relevante, que tem a função de avaliar o potencial democrático dessas sociedades (SOUZA, 2018).

Nesse viés, o direito visto como integridade exigiria uma salvaguarda que impusesse condicionantes efetivas, que de fato resguardassem os direitos dos indígenas contra qualquer empreendimento que pudesse ameaçar seu modo tradicional de vida, *ainda que autorizado pelo Congresso; ainda que tivessem qualquer sorte de participação; ainda que na forma da lei regulamentadora*. Essa discussão tem importância maior no momento, eis que se dis-

cute na Câmara dos Deputados projeto de lei n. 1.610/1996 sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas, a fim de regulamentar a norma inscrita nos arts. 176, §1º e 231, § 3º, todos da CF.

Abonando-se a exigência de integralidade, também se retira da jurisprudência *do próprio STF* a indissociabilidade da questão das riquezas dessas terras indígenas e a própria questão indígena: “a disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil.” (BRASIL, 1997) Mas, na concepção que se trata de um dilema “falso”, isso sequer foi cogitado na redação das salvaguardas.

Mutatis mutandis, apesar de não ser ideal por não representar uma efetiva autonomia a esses povos, seria mais adequada uma solução similar àquela adotada para a salvaguarda *ix*. Essa condicionante prevê que o ICM-Bio responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, entretanto assenta a necessária participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI (Fundação Nacional do Índio).

Critica-se que o STF conferiu “clara prioridade” (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 232) ao ICM-Bio para ser o responsável pela gestão da área, conferindo-se preponderância em abstrato ao meio ambiente, abraçando uma visão preservacionista. Em que pese essa preponderância em abstrato, que deve ser criticada, ao se estabelecer a necessária participação das comunidades indígenas, há amplo espaço para sindicalização judicial dessas questões, se for o caso. Isso no intuito de garantir eventuais interesses dos indígenas, que, de forma mandatária, devem ser levados em consideração, permitindo-se, assim, a derrocada dessa preponderância no caso concreto se conflitante com os interesses dos indígenas.

Há, assim, *relatividade* na presunção de preponderância estabelecida, ao contrário do que ocorre nas salvaguardas econômicas, que preponderam em termos absolutos, sem limitações expressas. A oitiva da FUNAI, contudo, seja no caso das unidades de conservação, seja em empreendimentos econômicos em terras indígenas, deveria ser obrigatória. Trata-se de um órgão estatal de igual estatura e relevância, não

havendo razão para ser excluída sua participação no processo quando houver a discussão de interesses de povos indígenas, o que integra sua missão institucional e competência legal. Conclusão diversa é desrespeitar o próprio princípio da igualdade, no sentido de tratar a todos com igual respeito e consideração, notadamente em razão do fato de se estar tratando de direito de estatura constitucional.

Assim, a decisão sobre a exploração econômica do espaço localizado em terras indígenas *obrigatoriamente* deveria levar em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo (*rectius* devendo) para tanto contar com a consultoria da FUNAI. Por conseguinte, dotar-se-ia a interpretação de integridade, harmonizando-a com todo ordenamento jurídico. Socorrendo-se do título da famosa obra de Dworkin (2010), *leva-se a sério o direito (trunfo)* extraído do disposto no § 3º do art. 231 da CF conjugado com seu *caput*, que reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam: “os direitos contidos no art. 231 correspondem a direitos fundamentais dessas comunidades. Parece uma platitude, mas é oportuno ressaltar esse aspecto, sob pena de a temática ser tratada sob uma ótica exclusivamente patrimonial” (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 199).

Ora, essa organização social, que é um *direito fundamental*, vinculando de forma imediata a todos (§1º do art. 5º da CF), não pode ser rompida sobre uma decisão com base em um *argumento de política* (interesse econômico), ainda que seja vontade da maioria (Congresso). Um argumento de política não pode suplantar um argumento de princípio (direito dos índios a sua organização social sobre a terra que tradicionalmente ocupam). Ademais, essa preponderância do argumento de política torna contraditória a própria noção de direitos dos povos indígenas consagrada na Constituição Federal, rompendo, portanto, com o princípio da integridade no Direito.

Quanto às salvaguardas que foram classificadas como de *limites à liberdade em relação ao Estado*, vê-se também uma interpretação que desrespeita em grande medida o *direito fundamental* dos povos indígenas sobre sua terra, violando a integridade do ordenamento. A salvaguarda *i*, que estabelece que o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, §2º, da Constituição Federal) pode ser rela-

tivizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, §6º, da Constituição, relevante interesse público da União, também tem conteúdo diretamente relacionado às condicionantes de exploração econômica. Ao não se estabelecer limites a esse interesse, relativizam-se os direitos dos indígenas sobre suas terras, ou seja, novamente se vê um argumento político e das maiorias (utilitário) sendo usado para esvaziar um direito, o que é inadmissível na concepção dworkiniana para a solução de casos difíceis.

E essa linha de prevalência de argumentos políticos sobre direitos se repete nas salvaguardas *v* (usufruto não pode se sobrepor à defesa nacional), *vi* (possibilidade de instalação de unidades militares, malha viária e exploração de alternativas enérgicas de cunho estratégico, independente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI) e *vii* (novamente sem diálogo com a comunidade, poderá a União instalar equipamentos públicos, estradas, etc). O que causa perplexidade não é a possibilidade em tese de se poder instalar equipamentos necessários à defesa ou a prestação de determinados serviços públicos, mas o estabelecimento de uma *preponderância em abstrato e absoluta* dessas possibilidades ao arripio do caso concreto ou de qualquer consulta às populações indígenas ou até mesmo à FUNAI, que é também parte do aparato estatal.

Isso demonstra uma clara opção pelo interesse do Estado ou das maiorias em detrimento da minoria constitucionalmente protegida. Assim, portanto, nessa lógica de raciocínio adotada pelo STF, os direitos são trunfos até o momento em que surge a *carta coringa* do interesse público ou do interesse externado por qualquer órgão estatal (menos a FUNAI, claramente relegada a um plano de menor importância face a interesses “preponderantes”), o que causa um esvaziamento do direito fundamental das populações indígenas, que fica condicionado a interesses *superiores* que, muitas vezes, mascaram opções ideológicas contrárias ao desiderato constitucional de conferir a esses povos autonomia necessária para viverem de acordo com sua cultura ancestral em uma perspectiva não integracionista.

Percebe-se que reina uma *desconfiança* ao longo das condicionantes quanto a uma hipotética “ameaça à soberania”, cuja preocupação, como se viu, esteve ligada aos debates que levaram à atual configuração dos direitos dos indígenas na Constituição Federal de 1988, representando o grupo ligado às Forças Armadas. Entretanto, essa ameaça hipotética não

deve servir de pretexto para tutelar e inferiorizar os povos indígenas enquanto incapazes de tomar decisões e exercer um grau mínimo de autonomia, que é fundamental para que se concretize a promessa de resgate da dívida histórica que o País tem com esses povos, sendo que a concepção não integracionista foi abraçada pela Constituição de 1988 e deve, portanto, deferência de todos. Conforme ressalta Araújo Junior (2018, p. 232), “a despeito da pretensão de examinar de forma ampla e geral as demarcações de terras indígenas, o julgado reproduziu visões hegemônicas e estigmatizantes sobre os povos indígenas.”

É inegável, contudo, que há avanços no que concerne ao reconhecimento de direitos. O Supremo acolheu no julgado em grande parte uma visão de mundo que é fruto da corrente sintetizada por Martinez-Alier (2007) como ecologismo dos pobres ou mais comumente conhecida como socioambiental. Seguiu, nessa linha externada em pontos específicos do julgado, uma vertente argumentativa diversa da lógica utilitarista que muitas vezes envolve o discurso sofista (ou *mantra budista*) do desenvolvimento sustentável superficialmente tratado. Ao manter a demarcação operada, inclusive de forma contínua, e determinar a saída dos não índios daquele território, adota *argumentos de princípios* na fundamentação nos itens 9, 11, 12 e 13 do acórdão e *xiv a xviii* das salvaguardas, havendo nítida preocupação com a defesa do interesse da minoria indígena, ou seja, de seu *direito fundamental* sobre sua organização social, terras, costumes contra um raciocínio utilitarista que argumentava, em sentido contrário, quanto ao interesse econômico na exploração de arroseiros na região, em que pese sem qualquer justo título a garantir a posse de áreas sabidamente públicas.

Está ínsito no julgado, também, a ideia de igualdade, na vertente *igual respeito*, que é, para Dworkin (2000), o único direito geral que temos, constituindo-se na pedra angular da sua teoria liberal do direito. Nesse sentido, destaca-se trecho importante do voto do relator da PET 3.388, Min. Ayres Britto, no qual cunha termo *constitucionalismo fraternal* ou *solidário* (item 9 do acórdão) para designar a efetivação do que denomina de um novo tipo de igualdade civil-moral das minorias:

74. Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente

fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade –, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional compensatória de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro. Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão “sociedade fraterna”, e que se põe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (CONJUR, 2008).

A virtude da integralidade encontra-se presente não apenas no respeito de uma interpretação harmônica da Constituição, mas também ao Supremo seguir, nesse julgado, sua própria jurisprudência existente para fixar o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas”, e que leva necessariamente à defesa da demarcação contínua dessas terras:

85. Tudo isso dito com outras palavras, **o formato de toda e qualquer demarcação de terras indígenas é o contínuo**, porque somente ele viabiliza os imperativos constitucionais que o ministro Nelson Jobim resumiu nos quatro mencionados círculos concêntricos. Imperativos que respondem pela vertente fundiariamente generosa da Constituição, inclusive para o efeito de incorporar todos os recursos ambientais servientes da reprodução física e cultural de uma dada etnia (CONJUR, 2008, grifos no original).

Conforme mencionado, a teoria dos *quatro círculos concêntricos*, apresentada pelo Min. Nelson Jobim, foi estabelecida pelo Supremo no julgamento da ACO 312-1 BA, em 2002, e se trata da sistematização dos quatro elementos para a configuração das terras indígenas, já apresentado pelo

mesmo ministro no julgamento do RE 219.983-3/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio, realizado em 9/12/1998. Os quatro círculos concêntricos representam os quatro elementos que, juntos, formam o conceito de terra indígena. O 1º, menor, é a habilitação permanente, que depende de análise no local, estudando os costumes daquele agrupamento de indígenas. O 2º círculo, maior em relação ao 1º, é a destinação das terras para atividades produtivas, relacionado à forma como a comunidade indígena retira dessa terra sua subsistência. Já o 3º círculo diz respeito à imprescindibilidade da terra para a preservação do bem ambiental necessário à sobrevivência do grupo. Por fim, o 4º, que necessitada de uma pesquisa de campo, está ligado à questão da destinação da terra aos índios enquanto indispensável à reprodução física e cultural do grupo de acordo com seus usos, costumes e tradições. É interessante observar que aqui ocorre um esforço consciente do Supremo de estabelecer parâmetros para o acesso ao direito territorial ao estabelecer um conceito objetivo para a questão, que vem sendo seguido em seus julgados (ARAÚJO JUNIOR, 2018).

Merece crítica, contudo, o marco temporal para aferição desses requisitos estabelecidos para aferir o conceito de terra tradicionalmente ocupada por índios. Foi adotada a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (5 de outubro), o que já havia sido estabelecido em julgamento pretérito do Supremo (RE 219.983-3/SP acima mencionado). Utilizou-se, no julgado, a *teoria do fato indígena*, proposta pelo min. Menezes Direito e acolhida pelo colegiado. Há dois marcos que a constituem. O primeiro temporal, relacionado à data de promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme visto, se valendo ainda da Súmula 650²⁴ do STF, e o segundo o marco da tradicionalidade da ocupação, ou seja, o modo tradicional de ocupação assegura um estilo de vida, que envolve fatores culturais, ecológicos, etc. O marco temporal elegido contraria a trajetória constitucional dos direitos indígenas, cuja garantia da posse da terra vem desde 1934: “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

24 “Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

Ora, se as terras já eram garantidas desde a Constituição de 1934, sendo repetido na Constituição de 1946 (art. 216), e até mesmo na Constituição vigente no período mais autoritário da ditadura militar (Emenda Constitucional n. 1 de 1969) – art. 198 -, não há como se compatibilizar com a Constituição essa jurisprudência que estabelece como marco temporal a Constituição de 1988, violando a virtude da integridade no trato constitucional da questão, e rompendo a coerência que deveria existir no *romance em cadeia* do direito.

Ressalvou-se, ao menos, com muita propriedade na ementa (item 11), a figura do “renitente esbulho”. A expressão, cunhada pelo Ministro Ayres Britto, ressalva que, se na época da promulgação da Constituição Federal de 1988, os índios não ocupavam a terra porque dela haviam sido expulsos em virtude de conflito possessório instaurado (fática ou juridicamente), considera-se que eles foram vítimas de esbulho e, assim, essa área será considerada terra indígena para os fins do art. 231. O renitente esbulho se caracteriza pelo efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

Durante os debates no STF sobre a regularidade da demarcação da reserva indígena “Raposa Serra do Sol” diversos fazendeiros alegaram o seguinte: quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, em 5 outubro 1988, os índios já não mais estavam naquele local e as terras eram ocupadas por não-índios; logo, não se poderia considerar que eram terras indígenas (art. 231). O STF, contudo, rechaçou esse argumento alegando que a posse dos fazendeiros era fruto de esbulho, ou seja, eles teriam expulsado os índios daqueles locais, conforme demonstrado no laudo e parecer antropológicos.

Essa conclusão mostra-se harmônica com o direito, cumprindo a virtude da integridade. Em demandas relacionados ao instituto jurídico da usucapião (que se trata de um caso de prescrição aquisitiva de direitos) ou da prescrição propriamente dita (perda de uma determinada pretensão jurídica pelo decurso do tempo), é sempre necessária a inatividade como requisito para o início da confluência do prazo em ambos os institu-

tos. Nessa linha, a literatura civilista cunhou a *teoria da actio nata*²⁵, abraçada pela jurisprudência de forma pacífica, que leciona que o prazo prescricional apenas se inicia quando constatada pelo titular a lesão ao seu direito.

Ao se tutelar o direito do povo indígena que permanece reivindicando sua posse imemorial, se homenageia essa longa tradição na jurisprudência, inclusive na vigência do Código Civil de 1916, que evita que direitos sejam perdidos por aqueles que permaneceram lutando por eles ou que sequer tiveram ciência da violação desse direito, privilegiando um princípio moral a despeito de qualquer regra expressa nesse sentido, o que mais uma vez ressalta a importância da superação de um modelo positivista baseado em uma leitura rígida das regras.

4.2 Ação Declaratória Constitucionalidade (ADC) 42 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937 que impugnaram diversos dispositivos do novo Código Florestal (Lei n.12.651/2012)

O Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento²⁶ conjunto das cinco ações que tratavam da constitucionalidade do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) – ADIs 4.901, 4.902, 4.903 (ajuizadas pela Procuradoria Geral da República) e 4.937 (ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade- PSOL) e ADC 42 (ajuizada pelo Partido Progressista – PP).

Na primeira ADI (4.901), a PGR questionou, entre outros dispositivos, o art. 12 (§§ 4º, 5º, 6º, 7º e 8º), que trata da redução da reserva legal²⁷ (em

25 Consagrada na jurisprudência, encontra-se presente, por exemplo, na Súmula 278 do STJ: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.”

26 Em 28/2/2018, sendo que o acórdão ainda não havia sido publicado em 7 fev. 2019.

27 No art. 3º, III, do Código Florestal define-se Reserva Legal nos seguintes termos: “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”. A extensão dessa área irá variar conforme a região da

virtude da existência de terras indígenas e unidades de conservação no território municipal) e da dispensa de constituição de reserva legal por empreendimentos de abastecimento público de água, tratamento de esgoto, exploração de energia elétrica e implantação ou ampliação de ferrovias e rodovias.

A PGR apontou os prejuízos ambientais decorrentes das modificações legislativas e argumentava que o novo Código fragilizava o regime de proteção das áreas de preservação permanente e das reservas legais, que poderiam ser extintas de acordo com a nova legislação. Outros pontos questionados pela PGR na primeira ADI são os que preveem a compensação da reserva legal sem que haja identidade ecológica entre as áreas e a permissão do plantio de espécies exóticas para recomposição da reserva legal. O novo Código ainda permite a consolidação das áreas que foram desmatadas antes das modificações dos percentuais de reserva legal, item que também é questionado.

A ADI 4.902 questionou temas relacionados à recuperação de áreas desmatadas, como a anistia de multas e outras medidas que desestimulariam a recomposição da vegetação original. O primeiro tópico questionado, o §3º do art. 7º, permitiria novos desmatamentos sem a recuperação daqueles já realizados irregularmente. O art. 17, por sua vez, de acordo com o *Parquet*, isentaria os agricultores da obrigação de suspender as atividades em áreas onde ocorreu desmatamento irregular antes de 22 de julho de 2008.

Dispositivos constantes do art. 59, sustentou-se na inicial, inserem uma “absurda” suspensão das atividades fiscalizatórias do Estado, bem como das medidas legais e administrativas de que o Poder Público dispõe para exigir dos particulares o cumprimento do dever de preservar o meio ambiente e recuperar os danos causados. Nos arts. 61 e 63 estaria presente a possibilidade de consolidação de danos ambientais decorrentes de infrações anteriores a 22 de julho de 2008. Os trechos impugnados, alegou a PGR, “chegam ao absurdo de admitir o plantio de até 50% de espécies exóticas em áreas de preservação permanente”.

Na ADI 4903, a PGR questionou a redução da área de reserva legal

propriedade agrícola, indo de 20% a 80% do imóvel, nos termos do art. 12 do mesmo diploma legal.

prevista pela nova lei. Com base no artigo 225 da Constituição Federal, a PGR pedia a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei n. 12.651 de 2012: art. 3º, incisos VIII, alínea “b”, IX, XVII, XIX e parágrafo único; art. 4º, III, IV, §§ 1º, 4º, 5º, 6º; arts. 5º, 8º, § 2º; arts. 11 e 62.

Entre os pedidos da ação, a PGR ressalta que, quanto às áreas de preservação permanente (APP)²⁸ dos reservatórios artificiais, deverão ser observados os padrões mínimos de proteção estabelecidos pelo órgão federal competente (Conselho Nacional de Meio Ambiente).

Na ADI 4.937, o PSOL impugnou os seguintes dispositivos da Lei n. 12.651/2012: art. 3º, VIII, “b”, para que houvesse uma interpretação conforme a Constituição, a fim de excluir as expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais” do conceito de utilidade pública; art. 7º, §3º, sendo as inconstitucionalidades apontadas referentes à anistia proporcionada aos proprietários que desmataram suas terras, bem como à denominada “consolidação”, em 22/7/2008, das áreas onde foram cometidos danos ambientais; art. 13º, § 1º, art. 44; art. 48, §2º, que tratam da cota de reserva ou servidão ambiental, eis que abririam a possibilidade de se ter vastas áreas desmatadas de um só Estado, centralizando a produção e interferindo de forma danosa no meio ambiente, em contrariedade à produção sustentável; art. 59 § 2º, §4º e §5º, 60, referindo-se à anistia de todos os proprietários que cometeram crimes ambientais relativos à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito, desde que tais crimes tenham sido cometidos até o dia 22 de julho de 2008; arts. 61-A, 61-B, 61-C, que, ao permitirem a continuidade das condutas lesivas ao meio ambiente em áreas consolidadas dentro das áreas de preservação permanente, afrontariam o dever de preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, previsto no art. 225, §1º, incisos I e III da Constituição Federal.

O julgamento dessas ações foi unificado, tendo como relator o

28 Nos termos do art. 3º, II, do Código Florestal, Área de Preservação Permanente (APP) é a “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.”

Ministro Luiz Fux. Em 2016, o Ministro convocou audiência pública para debater o tema, abrindo espaço para participação de diversos *amici curiae* e especialistas, dentre pesquisadores, produtores rurais, acadêmicos, além de representantes de órgãos e entidades públicos e de movimentos sociais. Questionando a constitucionalidade de dispositivos da Lei, se fizeram presentes o Instituto Socioambiental (ISA), Rede de Organizações Não-Governamentais da Mata Atlântica (RMA), Mater Natura e Associação Mineira de Defesa do Ambiente (AMDA), Terra de Direitos, Associação Brasileira de Reforma Agrária (ABRA), Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE) e Núcleo Amigos da Terra Brasil (NAT). Para defender a impropriedade das ações e a constitucionalidade da Lei, integralmente ou mencionando artigos específicos, compareceram a Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica (APINE) e Associação Brasileira de Companhias de Energia Elétrica (ABCE).

Foram 58 artigos questionados, de um total de 84 que compõem o Código Florestal, e a maior parte dos dispositivos foi declarada constitucional. A Lei n. 12.651/2012 revogou o antigo código florestal de 1965, definindo o que deve ser preservado e o que pode ser desmatado²⁹ em parte das cidades e nos cerca de 5,5 milhões de imóveis rurais do país (POMPEU, 2018).

O STF julgou parcialmente procedente a ação, para, sinteticamente: 1) declarar a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, b, do novo Código Florestal; 2) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técni-

29 Art. 1º-A. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos.

ca e/ou locacional à atividade proposta; 3) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, XVII e ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação permanente; 4) declarar a inconstitucionalidade das expressões “demarcadas” e “tituladas”, contidas no art. 3º, parágrafo único; 5) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica; 6) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, §§ 4º e 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22 de julho de 2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no §1º do art. 60 da Lei n. 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”; 7) que todos os demais dispositivos questionados do novo Código Florestal são constitucionais.

A Lei 12.651/2012 alterou o antigo Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) após intensas discussões sobre sua redação no Congresso Nacional, sofrendo diversas mudanças com relação ao projeto inicial. As discussões em torno da nova legislação colocaram em campos opostos, de um lado, setores ligados a ruralistas e interesses econômicos de uma maneira geral, e de outro, grupos ambientalistas de diferentes matizes (conservacionistas, preservacionistas, socioambientalistas). Esse recorte fica evidenciado entre os *amici curiae* nas ADIs e ADC, onde os mesmos grupos se dividiram, sendo certo que a arguição de inconstitucionalidade de pontos do Código foi defendida pelos ambientalistas, enquanto os setores ligados ao agronegócio e produção defenderam a constitucionalidade da lei.

Os pontos do novo código florestal que levaram aos maiores embates no congresso terminaram por ser objeto das ADIs, cabendo ao Supremo a última palavra sobre os inúmeros pontos de controvérsia. Quanto aos pontos declarados inconstitucionais pelo STF, serão vistos brevemente os fundamentos adotados.

Primeiramente, o STF declarou a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no

art. 3º, VIII, b³⁰, do novo Código Florestal. A importância do conceito de utilidade pública utilizado pelo Código é porque serve para criar exceções para a intangibilidade de áreas de preservação permanente e de uso restrito, como no art. 8º, §1º e 11 da Lei³¹. O STF acolheu a argumentação do PSOL e entendeu que é incompatível com a previsão constitucional contida no art. 225 da Constituição Federal proceder à supressão de vegetação em áreas protegidas para fins de lazer ou construção de aterros sanitários.

Quanto ao art. 3º, VIII e IX, deu interpretação conforme a Constituição de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, que define nos mencionados incisos, de forma respectiva, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta. Em se tratando de “utilidade pública” e “interesse social” hipóteses legais de mitigação da proteção ambiental de áreas protegidas o Supremo fez, portanto, uma interpretação restritiva do alcance dessas exceções. Assim, nos termos da lei, as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente (alínea f) são consideradas de interesse social, entretanto apenas poderão ocasionar, por exemplo, a supressão da vegetação nativa em APP, se inexistir as alternativas mencionadas acima.

30 Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

VIII – utilidade pública:

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho;

31 Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

Art. 11. Em áreas de inclinação entre 25º e 45º, serão permitidos o manejo florestal sustentável e o exercício de atividades agrossilvipastoris, bem como a manutenção da infraestrutura física associada ao desenvolvimento das atividades, observadas boas práticas agrônômicas, sendo vedada a conversão de novas áreas, excetuadas as hipóteses de utilidade pública e interesse social.

O STF deu, outrossim, interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, XVII e ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação permanente. A definição textual coloca o termo permanente³² como requisito. Entretanto, o STF deu uma interpretação ampliativa da previsão legal questionada pela PGR a abranger a proteção integral dos entornos de nascentes e olhos d'água sem distinção, intermitentes ou permanentes.

Declarou, também, a inconstitucionalidade das expressões “demarcadas” e “tituladas”, contidas no art. 3º, parágrafo único³³, que trata do reconhecimento de pequena propriedade ou posse rural, que tem um tratamento favorecido pelo Código. A exclusão se deu em benefício dos indígenas e comunidades tradicionais, haja vista que a demarcação e titulação dessas terras, respectivamente, tem caráter meramente declaratório, e não constitutivo dessa condição, eis que encontram seu fundamento diretamente no reconhecimento dado pelo texto constitucional (art. 231 da CF e 68 do ADCT).

32 Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

XVII – nascente: afloramento natural do lençol freático que apresenta perenidade e dá início a um curso d'água;

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

[...]

IV – as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;

33 Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

V – pequena propriedade ou posse rural familiar: aquela explorada mediante o trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo os assentamentos e projetos de reforma agrária, e que atenda ao disposto no art. 3º da Lei n. 11.326, de 24 de julho de 2006;

[...]

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, estende-se o tratamento dispensado aos imóveis a que se refere o inciso V deste artigo às propriedades e posses rurais com até 4 (quatro) módulos fiscais que desenvolvam atividades agrossilvipastoris, bem como às terras indígenas demarcadas e às demais áreas tituladas de povos e comunidades tradicionais que façam uso coletivo do seu território.

Quanto ao art. 48, § 2º³⁴, deu interpretação conforme a Constituição para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica. Trata o dispositivo legal da cota de reserva ambiental, que de acordo com a dicção legal deveria se dar no mesmo bioma. Trata-se de um instrumento de mercado, inserido no campo da economia ambiental, que tem a finalidade de reduzir o custo privado da reserva legal. Uma propriedade que possua um patamar de produção agrícola ou pecuária superior poderia, por exemplo, diminuir sua área de reserva legal, tendo como contrapartida a “compra” do certificado referente à área excedente da mínima estabelecida de reserva legal de uma outra propriedade, a fim de se manter, na “equação final”, a área de reserva legal prevista em lei.

A crítica feita à legislação é que há necessidade de haver uma relação de paridade entre essas áreas transacionadas, que não é alcançada apenas pelo critério legal de mesmo bioma. Uma determinada área na qual se localiza um corredor ecológico, por exemplo, tem um valor ecológico maior do que outra localizada em área onde inexistente essa condição. A solução adotada pelo Supremo acolheu essa argumentação, exigindo a identidade ecológica. Essa definição de paridade, entretanto, está longe de ser trivial, gerando efeitos que reduzem o custo-efetividade desse instrumento, quais sejam, custo para definição dessa “identidade ecológica” e redução das possibilidades de transação (MOTTA, 2017).

Por fim, quanto às inconstitucionalidades acolhidas, o STF deu interpretação conforme a Constituição ao art. 59, §§ 4º e 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22 de julho de 2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei n. 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”.

34 Art. 48. A CRA pode ser transferida, onerosa ou gratuitamente, a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito público ou privado, mediante termo assinado pelo titular da CRA e pelo adquirente.

[...]

§ 2º A CRA só pode ser utilizada para compensar Reserva Legal de imóvel rural situado no mesmo bioma da área à qual o título está vinculado.

O art. 59, em seus §§4º e 5º,³⁵ criou uma espécie de anistia quanto ao proprietário que cometeu infrações até 22 de julho de 2008, desde que o interessado integre o chamado Programa de Regularização Ambiental (PRA). A assinatura do termo de compromisso perante o órgão ambiental competente, para regularizar imóvel ou posse rural, suspende a punibilidade do autor de tais ilícitos penais e interrompe a prescrição penal enquanto os deveres assumidos estiverem sendo cumpridos.

O STF confirmou a validade do disposto no art. 60, aplicado aqui extensivamente. Para Celso de Mello, o perdão “não se reveste de conteúdo arbitrário nem compromete a tutela constitucional em tema de meio ambiente” (BRASIL, 2018). O decano do STF afirmou que anistia não pode ser aceita apenas a crimes políticos, mas constitui expressão da clemência soberana do Estado e incide retroativamente sobre o fato delituoso. Os ministros (a maioria deles) entenderam, ademais, que a lei não concedeu anistia ampla, pois previu maneiras de compensar o meio ambiente pelo desmatamento.

Ressalte-se que houve divergências entre os ministros quanto à constitucionalidade da anistia, embora tenha prevalecido, como visto, o entendimento pela sua constitucionalidade. O relator da ação, Ministro Luiz

35 Art. 59. A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar Programas de Regularização Ambiental – PRAs de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo.

[...]

§ 4º No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

§ 5º A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações mencionadas no § 4º deste artigo e, cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo de compromisso para a regularização ambiental das exigências desta Lei, nos prazos e condições neles estabelecidos, as multas referidas neste artigo serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas conforme definido no PRA.

Fux, aduziu em seu voto vencido que “a lei confere verdadeira anistia condicional a esses infratores, em total desconformidade com o mandamento constitucional” (BRASIL, 2017). O Ministro mencionou o art. 225, §3º, da CF, segundo o qual “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Para Fux, trata-se de obrigações cumulativas e não alternativas, e o legislador não poderia, mesmo com o objetivo de promover a recuperação de áreas desmatadas, criar programa de recuperação que torne as obrigações intercambiáveis. A medida configuraria, assim, um estímulo ao desmatamento: “Ao perdoar infrações administrativas e crimes ambientais pretéritos, o Código Florestal sinalizou uma despreocupação do Estado para com o direito ambiental” (BRASIL, 2017). Assim, o relator votou pela declaração de inconstitucionalidade dos artigos 59 e 60 da Lei. Além de Fux, votaram contra os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. A PGR também impugnavia esse trecho (POMPEU, 2018).

Do julgado, e pela quantidade de itens impugnados, pode-se perceber que houve a declaração de constitucionalidade da grande maioria dos dispositivos do Código Florestal, cingindo-se a declaração de inconstitucionalidade ou interpretação conforme a Constituição a tópicos pontuais, sem alterações profundas ou essenciais na legislação aprovada pelo Congresso.

Para o Ministro Celso de Mello, a vedação do retrocesso em direitos fundamentais era o ponto fundamental em questão no julgamento, como também afirmaram os seus colegas na sessão anterior (POMPEU, 2018):

Foi por essa razão – consoante assinala a Professora LARISSA AMBROSANO PACKER – que “Todas as ações têm por fundamento a violação do princípio da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, por diminuir o grau de proteção ao meio ambiente ligado à sadia qualidade de vida, deixando de salvaguardar o denominado ‘núcleo mínimo existencial’ da proteção ambiental (‘mínimo existencial ecológico’), assegurado pela Constituição Federal de 1988 (art. 225, ‘caput’) (BRASIL, 2018).

Argumentou-se que o Código de 1965 propiciaria maior proteção ambiental e, nessa condição, deveria prevalecer. Em contraponto, destacou-se a amplitude que a discussão sobre o Código vigente teve no Congresso Nacional, com participação de diversos segmentos sociais e econômicos (REISDORFER, GODOY, 2018).

O Brasil possui 62% do território nacional ou cerca de 530 milhões de hectares cobertos por vegetação nativa e figura como um dos países com maior cobertura vegetal natural no mundo. Desse total de vegetação nativa, 40% se encontram em áreas de conservação de domínio público ou em terras indígenas, sendo a maioria delas (91%) concentradas na Amazônia, e os 60% restantes em propriedades privadas ou terras públicas ainda sem designação (SCARAMUZZA, *et al.*, 2016).

O novo Código Florestal resultou, em síntese, na alteração das métricas dos principais instrumentos da lei anterior (Lei n. 4.771/1965): as áreas de preservação permanente (APPs) e as áreas de reserva legal (RL). A preocupação acerca dessas métricas existiu porque a maioria dos produtores rurais, motivados pela ausência de monitoramento e da baixa ocorrência de multas, tratou com descaso a existência da lei vigente na época e de suas regras de proteção ambiental. As pressões para a mudança do antigo Código Florestal surgiram quando foram então criadas normas que sinalizaram a possibilidade de os proprietários rurais que descumprissem aquela lei serem multados, resultando na abertura dos debates que originaram a nova Lei Florestal (SILVA; MARQUES; SAMBUICHI, 2016).

Dados mostram que no ano de 1998 apenas 7,04% dos imóveis rurais do país registravam a presença de RL. Essa área correspondia a somente 9,58% da área total dos imóveis rurais do Brasil. Ou seja, para efeito de regularização ambiental, seria necessária a reversão de áreas plantadas, sejam agrícolas ou de pastagens, em vegetação nativa. 3,2 milhões de hectares teriam que ser imobilizados permanentemente para atender à exigência de RL somente no estado do Paraná. Com base em um Valor Bruto da Produção (VBP) de R\$ 1.293,96 por hectare, o impacto total dessa exigência poderia atingir os R\$ 90 bilhões no Estado. De maneira similar, estimou-se que o atendimento às exigências de RL no estado de Goiás implicariam perda imediata de R\$ 2,05 bilhões aos produtores (DINIZ, FERREIRA FILHO, 2015).

O novo Código Florestal inseriu inovações que permitiram o aumento

da área disponível para as atividades econômicas, diminuindo as exigências territoriais para regularização ambiental. Com o quadro comparativo abaixo³⁶, fica mais fácil visualizar as alterações ultimadas pelo novo Código Florestal (DINIZ; FERREIRA FILHO, 2015):

Tabela 1: Quadro comparativo entre os Códigos Florestais de 1965 e 2012

CÓDIGO FLORESTAL ANTIGO (LEI N. 4.771 DE 1965)	NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI N. 12.651 DE 2012)
No cálculo das áreas a serem mantidas como Reserva Legal, eram excluídas as destinadas às APPs. A sobreposição é permitida somente em casos particulares, regidos pelo parágrafo 6º do art. 16.	Admite-se que as Áreas de Preservação Permanente sejam abatidas no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que isso não implique conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo.
O referencial para cômputo das APPs ripárias era o nível mais alto dos cursos d'água.	O referencial passa a ser a borda da calha do leito regular.
Estabelece delimitações rígidas para as Áreas de Preservação Permanente e não permite flexibilização no caso de regularização.	Mantém parte das delimitações da legislação anterior, mas, para efeito de regularização ambiental, as APPs nas margens dos cursos d'água e no entorno de nascentes, olhos d'água, lagos e lagoas naturais são reduzidas de acordo com o tamanho da propriedade.
Não há imóveis rurais dispensados de cumprir as exigências da Reserva Legal.	Para os imóveis rurais com até quatro módulos fiscais, a Reserva Legal será constituída com a vegetação natural existente até 22 de julho de 2008, mesmo que esta área corresponda a um percentual inferior àquele determinado em Lei. Para propriedades maiores, são excluídos os quatro módulos fiscais da base de cálculo da RL.
Para fins de recomposição, permite compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia.	Permite compensar a Reserva Legal inclusive em outras UF's, desde que a área seja equivalente em extensão à área da Reserva Legal a ser compensada e esteja localizada no mesmo bioma.

Mesmo com tais alterações, conforme dados de 2013, somando-se as áreas de APP e RL que necessitam ser recuperadas ou compensadas segundo a atual legislação, estima-se um passivo de aproximadamente 21 milhões de hectares (SCARAMUZZA, *et al.*, 2016).

36 Observar que esse quadro foi elaborado anteriormente ao julgamento das ADIs e ADC sobre o Código Florestal. Assim, no último item da coluna à direita, o STF deu interpretação conforme a constituição para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica.

Após intensos debates, o STF assentou que o princípio da vedação ao retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático, e nem justificaria mudanças legislativas consideradas *mais eficientes* para o desenvolvimento sustentável do país como um todo (DIZER O DIREITO, 2018).

Reafirmou o STF no julgado, *de forma análoga como o fez no caso Raposa Serra do Sol*, que o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente (no primeiro caso referia-se à questão indígena) não são políticas intrinsecamente antagônicas, não se devendo desprezar que a mesma Constituição que protege o meio ambiente também afirma que o Estado brasileiro deve garantir a livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais (arts. 3º, III, e 170, VII), proteger a propriedade (arts. 5º, “caput” e XXII, e 170, II), buscar o pleno emprego (arts. 170, VIII, e 6º) e a defender o consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V) (DIZER O DIREITO, 2018).

Embora o julgado do STF afirme não haver antagonismo entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente, *de forma paradoxal rechaça a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso*, o que traz consigo a afirmação implícita que uma menor proteção ambiental pode ser mais eficiente para o desenvolvimento sustentável, o que demonstra que o próprio Tribunal não está convencido daquela primeira afirmação, e que, por consequência, não tem noção a que tipo de desenvolvimento sustentável se refere, repetindo o velho *mantra budista* (MADEIRA FILHO, 2016). Não se deve confundir crescimento com desenvolvimento, sendo os anos do “milagre econômico” grande prova disso, onde o crescimento foi rápido, embora tenha sido social e ambientalmente perverso.

Ademais, apesar dos custos iniciais, a recuperação de áreas degradadas gera expressivos benefícios ambientais, econômicos e sociais que superam e muito esses custos, e, mais importante, não serão restritos às presentes gerações, realizando um dos conceitos fundamentais do desenvolvimento sustentável, que é a *solidariedade intergeracional*. O Brasil representa um caso típico de mau desenvolvimento, apesar de possuir trunfos poderosos para decolar (SACHS, 2000). Muitos benefícios considerados inicialmente como ambientais, por exemplo, o restabelecimento de processos de ciclagem de nutrientes, a conservação de recursos hídricos, a mitigação de emissões de gases de efeito estufa, a regulação climática local e a polinização, também oferecem

serviços ecossistêmicos de grande importância para a economia e a melhoria da qualidade de vida das pessoas. Embora nem todos benefícios possam ser contabilizados de forma precisa por carência de metodologias de avaliação e valoração, os dados já disponíveis apontam que o valor dos serviços ecossistêmicos gerados pela recuperação de todos os ecossistemas avaliados é superior ao investimento necessário para sua recuperação, com destaque para as florestas tropicais, ecossistema dominante em território brasileiro. Ao mesmo tempo, vale destacar que a degradação ambiental gera inúmeros prejuízos ao país e oferece riscos de vida às populações locais.

Motta (2017) estima o custo econômico do desmatamento na Amazônia no valor US\$ 108,1 por ha/ano. E conforme relatório do MMA, 92% dos deslizamentos ocorreram em áreas com algum tipo de alteração no ecossistema (SCARAMUZZA, *et al.*, 2016). Na tabela 3, vê-se o enorme lucro que a preservação da vegetação representa para cada ecossistema:

Tabela 3: Benefícios/Custos da Recuperação de Ecossistemas

Ecossistema	Custos de recuperação (US\$/ha)	Benefício anual gerado pela recuperação (US\$/ha)	Valor presente líquido – benefícios em 40 anos (US\$/ha)	Taxa de retorno (%)	Benefícios/custos (%)
Recife de coral	542.500	129.200	1.166.000	7	2,8
Mangue	2.880	4.290	86.900	40	26,4
Lago e Rio	4.000	3.800	69.700	27	15,5
Pântano e área alagada	33.000	14.200	171.300	12	5,4
Floresta tropical	3.450	7.000	148.700	50	37,3
Savana	990	1.571	32.180	42	28,4

Fonte: TEEB (2009) in SCARAMUZZA, SENTA, *et al.* (2016, p. 193).

Obs.: os custos foram baseados na análise de estudos de caso; os benefícios foram calculados utilizando-se a abordagem de transferência de benefício; o horizonte de tempo calculado para os benefícios foi de quarenta anos; e a taxa de desconto é igual a 1%.

Assim, o novo Código Florestal ao reduzir a área protegida *integrada* a unidades de produção rural, em especial a área de reserva legal, que

pode ser explorada com o manejo florestal sustentável, faz com que se perca a chance de incentivar aquilo que Sachs (2009, p. 300) denomina de “reservas de desenvolvimento”. Segundo o autor, mais que a criação de megareservas naturais e indígenas, que possuem limitações de ordem prática, seja quanto à estrutura para fiscalizá-las, seja quanto à própria viabilidade de manutenção, as reservas de desenvolvimento – conceito no qual se identifica perfeitamente o de reserva legal – podem reabilitar terrenos que já sofreram a ação do homem por meio de projetos agroflorestais e de plantação de florestas para uso econômico. De acordo com Sachs (2009, p. 304), as reservas naturais devem ter seu uso restrito para garantia da biodiversidade e criação de corredores ecológicos, sendo melhor “a banalização da política respeitosa do meio ambiente, extensiva a todo território, mais que a demarcação, generosa no papel, de reservas para servirem de álibi a uma gestão predatória”.

“O termo desenvolvimento deve ser reservado às soluções triplamente vencedoras – um crescimento econômico sustentado, socialmente inclusivo e em harmonia com o meio ambiente” (SACHS, 2009, p. 329). Assim, *percebe-se que o STF tende a identificar o desenvolvimento sustentável com o conceito de crescimento econômico*, no qual o “sustentável” implicaria tão somente uma concessão menor a determinadas questões pontuais ambientais, um “verniz ecológico”, mas que não está integrado à essência do conceito de desenvolvimento efetivamente sustentável, que tem uma natureza indissociavelmente holística.

Dada a importância da conservação e do uso sustentável do seu inestimável patrimônio natural, o Brasil assumiu diversos compromissos por meio da adesão a tratados internacionais, como a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), que definiu um conjunto de vinte metas voltadas à redução da perda de biodiversidade em âmbito mundial até 2020, denominadas Metas de Aichi. O Brasil assumiu também o compromisso voluntário durante a 11ª Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (*United Nations Framework Convention on Climate Change* – UNFCCC), realizada em 2015 em Paris, de reduzir até 2025 as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005 e, até 2030, em 43%. Entre os compromissos assumidos na pretendida contribuição nacionalmente determinada (*Intended Nationally Determined*

Contribution – INDC) estão a restauração e o reflorestamento de 12 milhões de hectares de florestas até 2030, para múltiplos usos. Além disso, em 2011 foi estabelecido o Desafio de Bonn, um instrumento para o cumprimento de vários compromissos nacionais e internacionais visando à recuperação de 150 milhões de hectares de terras desmatadas e degradadas em todo o mundo até 2020 (SCARAMUZZA, *et al.*, 2016).

Ora, esses compromissos demandam não somente a preservação e a conservação de áreas naturais existentes, mas também a recuperação de áreas degradadas e, no caso brasileiro, ênfase para a recuperação de APPs e RLs (SCARAMUZZA, *et al.*, 2016).

Assim, como considerar que a diminuição dessas áreas possa ser cancelada pelo STF considerando a *virtude da integridade* do ordenamento jurídico? As mudanças legislativas que reduziram a proteção ambiental vão de encontro aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional, e violam o princípio da proibição ao retrocesso ambiental, discorrido na seção terciária 2.3.3, sendo certo que o argumento usado para afastar essa arguição não se sustenta. A uma, pois o princípio democrático não serve como argumento para se evitar o controle de constitucionalidade, que é justamente um método contramajoritário inserido no sistema constitucional de freios e contrapesos, a fim de se evitar que maiorias momentâneas modifiquem valores perenes do povo, que estão inscritos na Constituição. Trata-se de um argumento utilitarista o que foi utilizado pelo Supremo, que como se viu em Dworkin não pode ser usado para se rebater argumentos de princípio. A duas, o próprio conceito de “desenvolvimento sustentável” que usa para justificar mudanças legislativas consideradas mais eficientes também falha pela atecnia e superficialidade, cujo termo “desenvolvimento” é confundido apenas com “desenvolvimento econômico” ou “crescimento econômico”, sem considerar que um meio ambiente sadio também é parte necessária e integrante do conceito de desenvolvimento, sem relação de inferioridade, cujo adjetivo “sustentável” exige uma ligação inquebrantável de crescimento econômico com meio ambiente e inclusão social, e que não resiste a um encontro com o fato de que uma redução de áreas protegidas não implicará em maior desenvolvimento, além do mais considerando que esse desenvolvimento, por ser sustentável, deve levar também em consideração as futuras gerações.

Quanto à constitucionalidade da anistia, percebe-se que o Supremo também faz uso de argumentos utilitaristas, e não de princípios. Como bem pontuado por Fux, ao perdoar infrações administrativas e crimes ambientais pretéritos, o Código Florestal sinalizou uma despreocupação do Estado para com o meio ambiente. Flexibilizou o trato da questão ambiental, o que demonstra que a questão é tratada como um interesse menor, apesar do mandamento expresso no art. 225 da CF. Ao afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22 de julho de 2008, seja das sanções deles decorrentes, o STF mitiga “estrigo” causado pela anistia, mas não o elimina por completo. É uma sinalização da mais alta Corte de que o meio ambiente é um bem constitucional que pode ser relativizado frente a interesses “maiores”, em especial o econômico, e, mais importante, *de um modelo econômico de lucro imediato e de pouca preocupação com o futuro*, com concessões pontuais apenas a uma genuína ideia de desenvolvimento sustentável.

4.3 Caminhando para a construção de uma teoria da decisão para conflitos socioambientais: dos parâmetros para parâmetros

Após a análise crítica de dois julgados paradigmáticos do STF para se compreender o *estado atual da arte* da jurisprudência da Corte Suprema quanto aos conflitos socioambientais, propõem-se estabelecer contornos para uma teoria da decisão aplicável a esses conflitos. Conforme alertou-se no início desse trabalho, não há aqui qualquer pretensão de definitividade ou esgotamento do problema colocado, mas tão somente um esforço para se começar a refletir sobre parâmetros que possam garantir um passo adiante rumo à concretização das virtudes da justiça, equidade, segurança jurídica e integridade, que devem caminhar da forma mais harmônica possível em conjunto.

Nos conflitos socioambientais, por envolverem grandes contingentes populacionais e numerosos atores sociais, fica o alerta de que é pri-

mordial a busca por soluções dialógicas, inclusive muito incentivadas pelo novo Código de Processo Civil³⁷, que expressamente dispõe que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, §2º). Essa ideia está muito presente em Habermas (1989), que se opõe à ideia de que a razão instrumental constitua a própria racionalização da sociedade ou o único padrão de racionalização possível, e introduz o conceito de *razão comunicativa*. Dando proeminência à fala, à palavra, enfim, à comunicação entre os seres humanos, podemos construir uma sociedade mais justa e democrática, que são objetivos inscritos na Constituição Federal (art. 3º, I). A solução através da decisão judicial imposta deve, portanto, ser evitada sempre que possível. Deve-se privilegiar a construção coletiva entre os próprios atores envolvidos, em um verdadeiro agir comunicativo na busca por consensos, o que confere mais legitimidade e possibilidade de resultados efetivos a essas decisões democraticamente construídas do que àquelas impostas por um terceiro, seja pela Administração, seja pelo Estado-juiz.

Adota-se, como premissa fundamental, que os contornos para uma teoria da decisão aqui defendida jamais poderão ser baseados em critérios pelos quais o ser humano seja utilizado como um meio para se atingir fins, o que seria ignorar seus direitos fundamentais, violando o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)³⁸, que se constitui no norte interpretativo da CF e, portanto, o valor moral mais caro da coletividade. Por essa razão, é uma teoria que, seguindo os ensinamentos de Dworkin (2010), adota parâmetros baseados em argumentos de princípio, e não argumentos de política, que são inadequados para se afastar direitos.

Estabelecida a premissa básica, é necessário, para discorrer sobre os parâmetros que se pretende fixar, compreender como o STF tem aplicado

37 A exigência de audiência de conciliação antes mesmo do início do prazo para resposta escrita do réu à ação (art. 334 do CPC) é mais um exemplo dessa diretriz adotada no novo diploma processual.

38 “Por outro lado, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), prevista entre os princípios fundamentais do estado democrático de direito, orienta seus efeitos a todo o sistema normativo, constituindo, inclusive, princípio de aplicação subsidiária às garantias constitucionais atinentes aos processos judiciais. (...)” (ADPF 395 e ADPF 444, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2018, P, *Informativo* 906)

os princípios fundamentais do Direito Ambiental, pois, conforme foi abordado no início desta dissertação, para a teoria da decisão de Dworkin, voltada para os chamados *hard cases*, é imperioso o uso correto dos princípios, uma vez que são as espécies normativas que irão fundamentar a decisão correta³⁹ naqueles casos onde a simples aplicação de regras se mostre insuficiente⁴⁰. Ressalte-se o alerta de Dworkin (2010) de que nos casos difíceis o juiz continua tendo o dever de descobrir o direito das partes, e não de criá-los na decisão. Aliás, é justamente por essa complexidade que Dworkin chama de “Hércules” seu juiz ideal:

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve fornecer um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro, e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. (DWORKIN, 2010, p. 182)

Dentre os princípios fundamentais ambientais, “o mais fundamental”, não por uma relação de hierarquia, que inexistente entre princípios, mas pela importância no que concerne ao próprio significado e razão de ser do Direito Ambiental, estruturando esse ramo do direito, está o princípio do desenvolvimento sustentável. E o que ficou evidenciado quanto a este verdadeiro *sobreprincípio*⁴¹ ambiental na pesquisa realizada é que o Supremo tende a tratar o seu conceito de forma rasa, sem muito aprofundamento ou reflexão sobre o seu conteúdo. Costuma conferir, apesar do discurso formalmente apresentado nos julgados de harmonia, uma prevalência em abstrato ao crescimento econômico em contraponto com as

39 Adverte-se que, como Hércules conclui (DWORKIN, 2010), pode ser uma decisão que, em termos de moralidade básica, possa haver discordância pessoal.

40 Cabe sempre o alerta que a aplicação de uma regra por meio apenas do exercício de subsunção deve ser visto com cautela, pois tal aplicação “às cegas”, sem compreender seu princípio instituidor e aqueles que gravitam ao redor do ordenamento jurídico, pode, a depender do caso concreto, levar à ruptura da integridade. Daí vem a conclusão, amparada nas lições de Streck (2011), que a definição do que se trata de um caso difícil pode ser, por si mesma, um caso difícil.

41 Conceito tratado na seção 2.3.

esferas de desenvolvimento social e ambiental, que estão, entretanto, ligadas de forma inquebrantável e *horizontal* a esse conceito. O meio ambiente é visto nos julgados analisados como algo que possa ser flexionado em prol de interesses diversos, sentidos e tratados como maiores, o que fica escancarado na rejeição da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso e na chancela à anistia de infratores ambientais no julgamento da constitucionalidade do Código Florestal, ou ainda no estabelecimento de uma prioridade em abstrato para o desenvolvimento econômico, extraída das salvaguardas do caso Raposa Serra do Sol, demonstrando que o Tribunal Supremo não está realmente convencido que é “falso” o dilema entre desenvolvimento econômico, social e meio ambiente.

Ora, se o STF realmente acredita que não é falso, como restou expresso no julgado de Raposa Serra do Sol, por que, então, a diminuição da proteção ambiental ou relativização de direitos fundamentais de populações tradicionais poderia ser algo a alavancar o desenvolvimento econômico? Ademais, os acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário e foram tratados no capítulo 4.2, exigem uma radical mudança de perspectiva a fim de reverter a tendência de diminuição da cobertura vegetal no país, mas, de forma paradoxal, o STF chancela a diminuição dessa proteção, e também chancela a anistia de violações pretéritas a normas ambientais. Assim, reforça-se o caráter meramente simbólico⁴² e destituído de efetividade das regras ambientais, que são frequentemente em nossa história relativizadas e dotadas de pouca efetividade social, conforme se viu na seção 3.1, rompendo com o princípio da integridade do ordenamento jurídico.

A *força gravitacional* dos precedentes que aplicam o desenvolvimento sustentável dessa forma, ignorando os direitos fundamentais individuais e coletivos – *trunfos*, na definição de Dworkin (2010) – que lhe são subjacentes e conformam o conteúdo do princípio, deve ser limitada, pois se baseiam em argumentos de política (metas coletivas), e não direitos propriamente ditos, não havendo *argumento de equidade* efetivo para estendê-lo a casos similares (Dworkin, 2010).

42 Legislação simbólica pode ser conceituada como aquela onde há o “predomínio, ou mesmo a hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental” (NEVES, 2007, p. 23).

Por outro lado, não será adequado para a delimitação do conteúdo material do princípio em testilha, uma visão de moralidade ecologista pura ou de decrescimento material, que faça uma leitura no extremo oposto daquela adotada pelo Supremo quanto ao princípio do desenvolvimento sustentável. Em que pese a robusta fundamentação de seus argumentos científicos, que foram vistos na seção terciária 3.3.1, bem como o alerta válido dessa corrente ecológica acerca dos padrões de consumo e produção insustentáveis que vivenciamos em nossa *era líquida* (BAUMAN, 1998), do consumo descartável e excessivo de bens e recursos do planeta, que devem ser alterados, sob pena de tornar nossa própria sobrevivência impossível, não se deve, contudo, concluir por um desprezo ao crescimento por si só, o que é reduzir por demais a complexidade de todos os fatores e valores envolvidos na equação do desenvolvimento sustentável, e que inclusive entraria em choque com outros valores protegidos na Constituição, tais como a livre iniciativa e cláusulas sociais como a busca pelo pleno emprego e erradicação da pobreza, o que romperia, em ponta oposta, a integridade do sistema jurídico existente, recaindo-se também no uso de argumento de natureza política.

Deve-se, em vez disso, buscar respostas à pergunta feita por Comelau, mencionada por SACHS (2009, p. 330): "*que crescimento para qual desenvolvimento?*" Para tanto deve-se enxergar o panorama completo sobre a questão complexa do desenvolvimento, usando como filtro jurídico os valores morais da comunidade, cujos mais importantes são aqueles positivados na Constituição. A Constituição, conforme afirma Dworkin (2010) ao tratar de *Hércules*, estabelece um sistema político que é justo o suficiente para que seja considerado por razões de equidade, e *Hércules* deve se perguntar sobre qual sistema de princípios foi configurado, o que se estampa, assim, como uma sinalização do caminho que o intérprete deve seguir no caso da resposta a ser construída à pergunta formulada, ou seja, qual crescimento para que desenvolvimento *adequado à Constituição*.

Como bem pontua Sachs (2009), ao tratar da Amazônia brasileira, os seus problemas vão além das florestas, mas envolvem também a sobrevivência de 20 milhões de pessoas, que vivem em sua maioria em condições socioeconômicas extremamente precárias. Ampliando as considerações de Sachs, essa problemática envolve todo o país e seus diferentes ecos-

sistemas. A criação de imensas reservas ecológicas onde o homem seja extirpado é um projeto que não pode ser expandido *ad infinitum* ou encarado como prioridade para se alavancar a questão ambiental, não apenas pela impossibilidade prática de se fiscalizar essas áreas, mas também pela violação da visão de desenvolvimento sustentável que se defende aqui, formulada por Sachs (2009), e abraçada pela Constituição Federal⁴³, que é *holística*, e necessariamente exige que – pegando emprestada a expressão dworkiana – se *leve a sério* também o desenvolvimento social.

Assim, e respondendo à pergunta formulada anteriormente, deve-se privilegiar uma visão de desenvolvimento sustentável que: 1) não veja o meio ambiente como entrave para todo e qualquer crescimento econômico, mas a uma forma de crescimento econômico insustentável, ou seja, aquele focado no curto prazo, e que, portanto, enxerga o meio ambiente como obstáculo, sem considerar seu benefício para a sadia qualidade de vida de todos os seres que habitam este planeta, ou seja, desprezando o *preço hedônico*⁴⁴, que inclui a avaliação do consumidor⁴⁵ acerca dos benefícios futuros decorrentes da qualidade ambiental (PEARCE; MORAN, 1994), homenageando, ainda, o subprincípio da solidariedade intergeracional. Mas – e ressaltar esse fato é imprescindível – esse “benefício futuro”, que também diz respeito ao próprio crescimento econômico, alcança não apenas

43 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19 dezembro 2003); VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995)

44 O método de precificação hedônica é usado para estimar valores econômicos por serviços ecossistêmicos ou ambientais que afetam diretamente os preços de mercado através de mercados hipotéticos.

45 Ressalte-se que a defesa do consumidor é um dos princípios da ordem econômica – art. 170, V, da CF, devendo ser sempre levada em consideração em uma teoria da decisão calcada na virtude da integridade.

longínquas gerações, mas a própria geração *atual*, conforme nos ensina a economia ambiental, tendo sido demonstrado particularmente no caso da proteção da cobertura vegetal em diversos ecossistemas na seção secundária 3.2 o curto retorno do “investimento” ambiental. Desmascarou-se a falácia do argumento utilitarista, usado no julgamento da constitucionalidade do Código Florestal, no que concerne à diminuição da quantidade de área protegida poderia significar uma melhoria econômica. Investir na biodiversidade, por meio de seu uso sustentável, “compensa” (PEARCE; MORAN, 1994, p. 196), ou seja, traz desenvolvimento econômico, conforme igualmente mostram estudos respeitáveis em economia ambiental, devendo, contudo, serem aperfeiçoados os meios de apropriação, que incluem diversas medidas, como transferências de recursos através de ajuda convencional, compras de dívida por-natureza, etc. (PEARCE, MORAN, 1994); 2) que o ser humano não seja visto, *a priori* ou abstratamente, como um entrave ao meio ambiente, *mas parte integrante deste*, razão pela qual não deve ser visto com *desconfiança*, o que fica evidenciado na importância secundária que se dá, por exemplo, nas salvaguardas adotadas no Caso Raposa Serra do Sol a órgãos como a FUNAI quando há questões indígenas sobrepostas com ambientais ou econômicas, apesar da declaração formal de não existir qualquer incompatibilidade com ambas (item 15 do acórdão daquele julgado). Partindo desse parâmetro, devem ser privilegiadas soluções que permitam a convivência harmônica do homem com o meio ambiente, somente os separando, como aconselha Sachs (2009) quando for absolutamente necessário para garantir a proteção da biodiversidade e corredores ecológicos. Essa interpretação, portanto, é que melhor se harmoniza com os demais princípios e objetivos constitucionais mencionados pelo Supremo no julgamento do Código Florestal, quais sejam: garantir a livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170), o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais (arts. 3º, III, e 170, VII), proteger a propriedade (arts. 5º, “caput” e XXII, e 170, II), buscar o pleno emprego (arts. 170, VIII, e 6º) e defender o consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V).

A existência (ou não) de *convivência harmônica do homem com o meio ambiente*, deverá, portanto, ser levada em consideração pelo julgador em demandas em que haja conflitos que envolvam populações humanas e

áreas protegidas, sendo certo que povos indígenas e populações tradicionais muitas vezes se convertem em verdadeiros guardiões dessas áreas protegidas, pois seu modo de vida exige a manutenção desse ambiente. Extirpá-los desse espaço, ou reduzir-lhes a autonomia, a pretexto de proteger a natureza é ignorar a realidade, apoiado em um suposto direito ideal onipotente, que não resiste ao choque com a realidade. Inexiste possibilidade prática de se pensar a proteção e fiscalização de imensas áreas territoriais apenas pelo Estado, extremamente deficitário no que concerne à estrutura de fiscalização ambiental⁴⁶. Ademais, esses povos tradicionais possuem direitos constitucionais sobre essas terras, que são expressamente reconhecidos no que concerne a quilombolas e indígenas, mas que devem também sê-los por extensão a outras populações tradicionais que façam uso sustentável da terra em que vivem, como os povos caiçaras, seringueiros, etc., por conta do princípio constitucional da igualdade, na feição do igual respeito, que de tamanha importância é a base fundamental da teoria liberal do direito de Dworkin.

Pela mesma razão, deverá haver mitigação da proteção à presença humana dada pela lei a unidades de proteção integral (art. 7º, I, da Lei n. 9.985 de 2000⁴⁷) que, ignorando a Constituição, desconsiderem povos que vivam nessas regiões, o que se extrai, inclusive, do caso Raposa Serra do Sol, onde o STF, ao contrário do que levaria uma interpretação literal da lei, sem o filtro constitucional, não viu incompatibilidade da sobreposição de áreas da reserva indígena com a de parques nacional, mantendo, assim, a virtude da integridade em sua decisão. Para tanto, remete-se ainda o leitor ao método de afastamento de regras em conflito com princípios desenvolvido por Ávila (2006), e que foi exposto na seção secundária 1.3.

46 Em 2017, o Brasil possuía apenas um I (um) fiscal ambiental a cada 470 km² de parques e florestas (O GLOBO, 2017).

47 Art. 7º As unidades de conservação integrantes do SNUC dividem-se em dois grupos, com características específicas: I – Unidades de Proteção Integral; II – Unidades de Uso Sustentável. § 1º O objetivo básico das Unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei. § 2º O objetivo básico das Unidades de Uso Sustentável é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.

E mais, a demarcação de forma contínua, chancelada pelo Supremo, também demonstrou a importância que aquele Tribunal deu à manutenção do *modo tradicional* de vida desses povos, a fim de se evitar o denominado “etnocídio”. Essa interpretação enaltece os direitos fundamentais desses povos, que são verdadeiros trunfos contra interesses utilitaristas de toda espécie que vejam populações tradicionais como ameaça ao meio ambiente que convivem (e protegem) a gerações, com práticas sustentáveis. Os critérios aqui propagados, ressalte-se, não se confundem com regras abstratas descoladas da realidade, pois o confronto com o mundo real é fundamental para se aferir se o que existe é uso tradicional e sustentável, ou se se trata de invasores (ou ainda povos que perderam qualquer ponto de contato com sua cultura originária) que promovem a devastação de uma área, como era o caso dos arroteiros na reserva indígena da Raposa Serra do Sol, que, aliás, não tinham qualquer tradicionalidade ou legitimidade na posse da terra.

Não se deve perder de vista, contudo, que qualquer esforço de proteção da natureza será fadado ao insucesso enquanto grande parte da população padecer de privações profundas, o que faz com que levas populacionais, até mesmo em um instinto de sobrevivência, joguem-se em atividades muitas vezes predatórias, como garimpos clandestinos, invasão de terras, corte de árvores, etc., razão pela qual a visão de desenvolvimento sustentável jamais poderá olvidar do desenvolvimento social, devendo ser criadas alternativas para reassentar ou compensar eventuais atingidos em demandas socioambientais quando incompatível sua ocupação em dada área por sua importância ecológica. Por certo, deve ser examinada também a boa-fé dessas ocupações, que muitas vezes foram incentivadas pelo próprio governo em determinados períodos históricos, como o caso da Amazônia durante o regime militar, a fim de suprir um suposto “vazio demográfico” na região, promovendo seu “desenvolvimento” (*rectius* crescimento econômico) *insustentável*.

Essa conclusão não é calcada em uma argumentação de natureza política no sentido de se buscar uma reparação “histórica” (que inclusive poderia ser levada para se construir direitos no foro próprio, ou seja, no Parlamento), mas *de princípio*, pois como ressaltado anteriormente, a defesa do meio ambiente deve ser feita em conjunto com os demais princípios

constitucionais, que preveem, entre outros, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses princípios inscritos na Carta Maior não podem ser vistos como um recurso de retórica, mas como um caracterizador de direitos, que cabe ao Estado obrigatoriamente efetivar.

Não é ética ou juridicamente cabível que se leve a preservação do meio ambiente à custa da extinção do homem pela miséria. E não cabe, aqui, usar a chamada “reserva do possível” como obstáculo para concretização desses direitos básicos de cidadania, na esteira de precedentes do STF:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. XXV). (ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011).

Assim, adotando-se esses critérios ou parâmetros, extraídos da análise princípio do desenvolvimento sustentável, propõe-se dar início a uma teoria da decisão adequada a conflitos socioambientais. Dessa forma, evita-se uma visão que, contrária à integridade, opta ora por uma proteção do crescimento econômico, ora por uma visão ecologista pura, ou ainda por uma visão “social” ilhada das demais esferas (ambiental e econômica),

que, entretanto, caminham lado a lado por expressa opção constitucional, que retrata a opção moral de nossa sociedade, ainda que pontualmente seja discordante da moralidade básica que cada um possui.

Seguindo nos parâmetros, uma teoria da decisão adequada para conflitos socioambientais deverá ter mecanismos para que argumentos de princípios não mascarem, por outro lado, argumentos de política. O uso retórico de argumentos de princípio para mascarar fins políticos, muitas vezes voltados contra aqueles aos quais pretensamente se visa a ajudar, é retórica constantemente usada nos conflitos socioambientais urbanos. Tais conflitos, frequentemente, envolvem populações favelizadas, de um lado, e grupos econômicos imbuídos de interesses especulativos, de outro, sendo que “cada vez mais, vemos que o direito à cidade vem caindo nas mãos de interesses privados ou quase privados” (HARVEY, 2014, p. 62).

Magalhães (2013) contextualiza a política de remoção de favelas no Rio de Janeiro, que apenas começa a ser modificada ao longo do processo de redemocratização, entre a segunda década de 1970 e o final da década de 1980. O ocaso desse modelo tem como marco o episódio de tentativa de remoção da Favela do Vidigal, em 1977, com a alegação pela Prefeitura da necessidade de remoção pelo risco iminente de desabamento das casas, o que, em tese, é um argumento de princípio, destinado a proteger o direito fundamental à vida daquela população. Entretanto, o argumento oficial mascarava o interesse de concessão da área para edificação de um hotel de luxo, sendo refutado pelo juízo da causa. Magalhães (2013) enfatiza que o caso se tornou paradigmático, sendo um dos mais expressivos êxitos do “movimento de favelas” contra a política de remoção, e “talvez o primeiro na história da cidade do Rio de Janeiro, em que esse resultado foi obtido pela via judicial” (MAGALHÃES, 2013, p. 60).

Não se nega o fato que o risco de desabamentos/alagamentos ou ainda que direitos relativos ao meio ambiente sejam elementos necessariamente presentes na análise de conflitos socioambientais urbanos, e que devam ser levados em consideração por uma teoria da decisão. Entretanto, a proteção de um direito individual (trunfo) não pode, em regra, violar outros direitos, em especial o *direito fundamental social à moradia* (art. 6º, *caput*, da CF), a pretexto de protegê-lo, exceto quando se demonstre a impossibilidade de qualquer medida menos gravosa, o que é decorrente do uso do

princípio – ou postulado, no conceito de Ávila (2006), tratado na seção 1.3 – da *proporcionalidade*, que se desdobra em necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e adequação. O *requisito da necessidade ou da exigibilidade* significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos (MENDES, 2001). Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. O risco de desabamento, exceto em casos em que seja inviável a realização de obras de contenção, não pode ser um argumento válido para remoção forçada, especialmente em se tratando da remoção de toda uma comunidade, e não apenas pontualmente de edificações em situação de efetivo e iminente risco.

Portanto, o uso do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios é uma ferramenta jurídica imprescindível para mascarar usos falaciosos de argumentos de princípios contra seus próprios beneficiários, e poderia, no caso da Favela do Vidigal, ser considerado pelo julgador daquela demanda para afastar a pretensão do Município. Nos conflitos socioambientais urbanos, ao lado do desenvolvimento sustentável, o direito à moradia é um verdadeiro *norte interpretativo*, devendo o poder público assegurar a mitigação do dano aos moradores no caso de necessidade demolição de casas em terrenos irregulares, eis que tais construções em sua maioria envolvem uma inércia do próprio poder de polícia edilícia municipal:

Direito fundamental à moradia. Imóvel público. Loteamento irregular. Inércia do poder público. (...) O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la.

Por outro lado, não se deve desprezar a possibilidade do uso abusivo ou fraudulento do direito social à moradia, que muitas vezes é arguido para encobrir a prática de crimes. Há diversos relatos na imprensa de construções irregulares levadas a cabo por grupos criminosos, os quais se apropriam ilegalmente de áreas públicas ou particulares, ou ainda, de forma cumulativa ou alternativa, fazem parcelamentos e construções ilegais, desprezando as normas edilícias existentes. Famílias chegam a ser alocadas por esses grupos em prédios ainda em construção a fim de se dificultar a demolição das obras, sendo que os imóveis são adquiridos por seus moradores no mais das vezes com plena (ou ao menos potencial) ciência da ilegalidade. Em recente caso do desabamento de prédios na comunidade do Muzema, na zona oeste do Rio de Janeiro, tal expediente restou amplamente noticiado (G1, 2019). O uso desse ardil não pode ser tolerado pelo Direito, ofendendo os princípios morais básicos, como aquele que a ninguém é lícito se beneficiar de sua própria torpeza e a boa-fé objetiva. Mais uma vez, portanto, uma visão que leve em conta a integridade do Direito impede o uso abusivo de manobras jurídicas que frustram os fins pelos quais os direitos são criados⁴⁸, o que uma aplicação mecânica e despida de conteúdo moral do Direito poderia levar a cancelar.

A crescente complexidade das demandas ambientais mostra que é cada vez mais insuficiente um conhecimento jurídico ilhado das demais ciências da vida. Urge que princípios não sejam utilizados como recursos retóricos, que mascarem intenções políticas subjacentes, mas que possam ser tradutores de conceitos sólidos, que espelhem com perfeição os valores sociais que os inspiram e se encontram positivados na Constituição. Tais princípios podem e devem ser interpretados com harmonia em todo sistema jurídico, a fim de dar azo à virtude da integridade. Ao contrário de se converterem em fatores de insegurança e arbitrariedade, o uso dos

48 Oportuno trazer à baila a redação do art. 187 do CC, que assevera que comete ato ilícito aquele que faz uso abusivo do direito: “art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

princípios serve para trazer segurança jurídica, evitando-se julgamentos baseados em opções políticas discricionárias. Entretanto, o seu uso de forma rasa e atécnica leva ao seu descrédito, dando a impressão de um sistema judiciário arbitrário e contaminado por visões morais particulares ou interesses diversos.

Uma teoria da decisão adequada aos conflitos socioambientais deve sempre buscar conhecimentos interdisciplinares para cumprir com esse escopo de correção no uso dos princípios nos casos difíceis, conforme se fez na leitura do princípio do desenvolvimento sustentável. Essa exigência decorre não de um ideal abstrato (FALBO, 2010), mas do fato de o Direito pretender regular matérias que são objeto de campos específicos do saber de outras ciências, o que se torna, na nossa era, uma exigência cada vez maior, em razão da especialização e complexidade social crescente.

Essa exigência de interdisciplinariedade será fundamental no uso dos princípios da prevenção e precaução, tratados na seção 2.3.2, pois somente a literatura científica correlata poderá dimensionar os riscos existentes para o meio ambiente de dado empreendimento ou ação. Mais uma vez a imersão nos fatos é fundamental, sendo imprescindível se aprofundar na questão de prova, que, de acordo com o princípio da precaução, em caso de dúvida, sempre se decidirá a favor do meio ambiente.

Assim, são essas as primeiras notas sobre os parâmetros a uma teoria da decisão para conflitos socioambientais. Pretende-se, com isso, assegurar, por um lado, uma maior segurança jurídica às decisões ambientais, e, por outro, o respeito à integridade do ordenamento, virtudes essas fundamentais para a efetivação de uma sociedade democrática, próspera e socio-ambientalmente sustentável.

Conclusão

Neste trabalho buscou-se construir parâmetros que pudessem auxiliar o intérprete a solucionar os conflitos socioambientais que, cada vez mais, desaguam no Poder Judiciário.

Iniciou-se pela pesquisa sobre teoria da decisão, primeiramente fazendo um recorte acerca da abordagem que seria adotada nesse vasto campo de estudo que compreende o assunto, circunscrevendo-o às razões externas no discurso de uma decisão judicial. Demonstrou-se que, inobstante a possibilidade de se analisar o tema decisão judicial sob diversos enfoques, a escolha feita de estudar como se estruturam seus argumentos é fundamental no que concerne à análise da legitimidade das decisões judiciais sob um ponto de vista material, ou seja, se estão sendo observadas “as regras do jogo” exis-

tentes. Com isso, é possível construir uma crítica epistemologicamente embasada às decisões tomadas, buscando o aperfeiçoamento na forma como juízes decidem.

Passou-se em revista conceitos fundamentais para contextualizar o tema, quais sejam, positivismo, pós-positivismo e neoconstitucionalismo. A importância se justifica porque o pós-positivismo representa uma nova forma de interpretar o Direito, que será o marco filosófico do neoconstitucionalismo. Esse novo pensar (re)valoriza aspectos morais do Direito, implicando o novo constitucionalismo na transformação de princípios morais em verdadeiros princípios jurídicos, que passam de uma posição marginal, de mero supridores de lacuna destinada pelo positivismo jurídico clássico, para um lugar de protagonismo hermenêutico na nova ordem constitucional.

Para compreensão e adequado manejo das diferentes espécies normativas, fez-se um estudo mais aprofundado sobre regras, princípios e postulados, demonstrando as suas diferenças quanto ao conteúdo e a forma de aplicar. Ressaltou-se, contudo, que deve ser refutada a chamada distinção forte entre princípios e regras, dominante na literatura do direito público, eis que o peso não é dado aprioristicamente pela natureza da norma (princípio ou regra), mas pela decisão no caso concreto que está, por sua vez, sujeita à valoração do aplicador. E a ponderação diz respeito não apenas aos princípios, mas às regras também, isto porque qualquer norma poderá ser afastada no caso concreto de acordo com a argumentação do aplicador. A forma de ponderação é que seria diversa.

Encerrou-se o segundo capítulo com a análise da teoria de Dworkin para casos difíceis, que se constitui no marco-teórico conceitual jurídico principal deste trabalho. Alertou-se que a teoria de Dworkin não se propõe a ser uma teoria *neutra*, mas sim comprometida com uma orientação político-liberal, compatível, portanto, com o regime democrático brasileiro.

Dworkin elabora sua teoria buscando refutar aquela que considera dominante em sua época, qual seja, o positivismo jurídico. Utiliza Hart como seu contraponto, por considerá-lo o maior expoente dessa corrente. Dworkin diz que de acordo com o positivismo jurídico, os juízes devem decidir as controvérsias judiciais de acordo com as regras válidas, que sejam de fontes oficialmente reconhecidas, o que chama de teste de *pedigree*. Mas, se o caso não cai no âmbito de nenhuma regra específica

– que são aqueles que irá denominar de casos difíceis (*hard cases*) – a solução é indeterminada, podendo, para Hart, o juiz decidir *discricionariamente*. Essa discricionariedade é criticada por Dworkin, pois ofenderia a tese dos direitos ao se considerar que uma parte seria consagrada vencedora de uma demanda sem o reconhecimento de direitos progressos a tanto, que surgiriam apenas após a própria decisão. Dworkin mostra que, apesar da justificativa de Hart calcada na discricionariedade, nesses casos difíceis os juízes fundamentavam suas decisões em princípios, de conteúdo moral, demonstrando não uma escolha aleatória ou baseada na vontade. Os juízes buscavam a legitimação dessas decisões com base em argumentos jurídicos, tidos como vinculantes pelos julgadores para se decidir o caso de determinada forma, e não de outras.

Regras são respeitadas de acordo com a fonte que as produziu. Já os princípios de acordo com seu conteúdo (peso moral). Todos os casos têm respostas corretas a serem dadas, não havendo margem de escolha para a “melhor resposta” com base na vontade do intérprete, embora possa haver divergências com relação à qual seria essa resposta, sem infirmar a conclusão anterior, já que é corrente que nos mais diversos campos de saber haja divergência entre aqueles que o integrem.

Dworkin introduz a distinção, fundamental para sua teoria, entre princípios e políticas, e também cria o modelo de jurisdição para aplicar os princípios da maneira como ele defende por meio da metáfora do Hércules, um juiz mítico, que seguirá um padrão decisório baseado em uma argumentação de princípios, que domina de forma plena, e não fazendo o uso de razões políticas, mesmo que a lei seja criada por uma política. Direitos são trunfos (ou proteção) do indivíduo contra interesses gerais da sociedade. São proteções contra a estratégia utilitarista.

As decisões anteriores (precedentes) exercem força gravitacional sobre as futuras. Ao contrário de um legislador ao votar um projeto, que não precisa demonstrar coerência, o juiz dificilmente mostrará esse tipo de independência, tentando sempre associá-la a outras decisões. A justificativa dessa vinculação se dá não por uma sabedoria intrínseca a esses precedentes, mas por razões de equidade, tratando casos semelhantes do mesmo modo. E justamente por isso, um juiz não está atrelado a seguir um precedente se demonstrar que não é baseado em uma argumentação

de princípio, mas política. Nesse caso, o precedente não perderá sua autoridade para a demanda decidida, entretanto perderá a capacidade de influenciar decisões futuras.

O processo interpretativo seria como um romance que não é escrito somente por um autor, mas por vários, e é necessário que se continue a escrever o romance a partir de onde seu antecessor parou. Há uma necessidade de coerência. É nesse sentido que virá a noção de integridade do direito.

A integridade é para Dworkin uma das principais virtudes que um Estado Democrático de Direito, exigindo que a interpretação das leis não seja o resultado de concepções morais particulares, mas se mostre coerente com um todo, tendo em vista que as decisões judiciais devem ser justificadas por princípios, e não, repise-se, por argumentos metajurídicos, variáveis de acordo com as circunstâncias, não sendo o Judiciário o foro adequado para tanto.

No capítulo 3, ao se tratar da tutela jurídica do meio ambiente, foi feita a abordagem interdisciplinar entre Direito, Ecologia, Economia e Desenvolvimento. Expôs-se a evolução histórica e fundamentos da tutela jurídica do meio ambiente, buscando contextualizá-la com o panorama histórico-social que serviu de substrato para seu surgimento, a fim de se abstrair seu real alcance e sentido na realidade social. Demonstrou-se que a falta de efetividade das normas ambientais foi um fato frequente na história brasileira, em que pese muitas vezes a existência de leis ambientais protetivas avançadas para a época. A maioria das leis, contudo, foram baseadas em um paradigma antropocentrismo puro, com preocupações imediatistas a fim de assegurar objetivos de natureza econômica cuja destruição ambiental colocaria em risco, mas sem qualquer pretensão maior de sustentabilidade.

No século XX, começaram a surgir mudanças paradigmáticas na legislação, fruto dos movimentos conservacionistas e preservacionistas. Os primeiros expressavam uma preocupação com a utilização racional dos recursos naturais, enquanto os segundos voltavam-se mais para uma justificativa de proteção da natureza voltada para a fruição estética e de transcendência espiritual, proporcionada pelos aspectos sublimes da natureza selvagem.

No Brasil, ao contrário do que ocorreu em países como os Estados Unidos, onde foram travados fortes embates, irão se fundir em um projeto

maior que vincularia a natureza à construção da nacionalidade, internalizando conquistas relevantes na legislação, como a criação dos primeiros parques nacionais.

O corte epistemológico que de fato irá impulsionar o rumo da legislação ambiental no Brasil – que irá ensejar, posteriormente, a criação do Direito Ambiental brasileiro como ramo autônomo do direito, com princípios e regras próprias – é a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio ambiente ocorrida em Estocolmo na década de 1970. A Conferência das Nações tornou a questão ambiental global, e não mais um problema local cingido a questões relacionadas a fins na maioria das vezes imediatos e econômicos. É um marco na busca por equilíbrio entre desenvolvimento econômico, social e redução da degradação ambiental, evoluindo para a noção de desenvolvimento sustentável.

A Constituição Federal de 1988 coroa o meio ambiente, tratando-o pela primeira vez em capítulo autônomo na ordem constitucional nacional, e conferindo-lhe ampla proteção, adotando uma posição predominantemente antropocêntrica, embora com foco na ideia de desenvolvimento sustentável.

No final da década de 1980 e década de 1990 há a emergência da nova corrente, a socioambiental, dentro do movimento ambientalista, que terá grande influência na formatação da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) – Lei n. 9.985/2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Essa corrente surge como uma reação aos conflitos socioambientais existentes, cujo fim da ditadura militar permite que esses conflitos, antes abafados, emerjam para o seio da política institucional.

Tais conflitos irrompem quando pelo menos um dos grupos tem a continuidade das formas sociais de apropriação do meio que desenvolvem ameaçada por impactos indesejáveis – transmitidos pelo solo, água, ar ou sistemas vivos – decorrentes do exercício das práticas de outros grupos.

O socioambientalismo sustenta posições mais alinhadas com o conceito de desenvolvimento sustentável e com a preocupação com mudanças sociais mais amplas, orientadas pelas noções de sustentabilidade e justiça social.

Abordou-se, na seção secundária 3.2, os princípios fundamentais do Direito Ambiental que guardavam pertinência com o objeto de estudo, quais sejam, princípio do desenvolvimento sustentável, princípio da prevenção e precaução e princípio da proibição ao retrocesso ambiental.

O princípio do desenvolvimento sustentável, também chamado de princípio da solidariedade intergeracional, é um sobreprincípio ambiental, sendo imprescindível para se compreender a interrelação entre meio ambiente, desenvolvimento econômico e social. Além de romper com uma visão puramente antropocêntrica, já que visa não apenas a atender a uma necessidade humana, mas de todos os seres vivos que habitam no planeta Terra, rompe com uma concepção liberal puramente individualista, de direitos ilimitados. Trata-se de uma verdadeira síntese entre as correntes preservacionistas, conservacionistas e socioambientalistas. Discutiu-se as diferentes dimensões do princípio, e de como estão integradas entre si. Alertou-se sobre os limites ao crescimento econômico, que são ignorados pela teoria econômica tradicional, em especial aos óbices físicos da 2ª lei da termodinâmica, agravados pelos padrões de consumo insustentáveis que são observados nas camadas mais favorecidas da população planetária.

Quanto aos princípios da prevenção e precaução, foi feita diferenciação entre ambos, ressaltando-se que a prevenção diz respeito a perigos conhecidos ao meio ambiente, já a precaução à ausência de certeza científica, que deve resultar em uma decisão que resguarde o meio ambiente.

Por fim, viu-se o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, que é baseado em três ideias básicas: a finalidade do Direito Ambiental, a necessidade de se afastar o princípio de mutabilidade do Direito e a intangibilidade dos direitos humanos, não se podendo onerar as gerações futuras com decisões que retirem ou diminuam a proteção ambiental hoje.

Após reunir o estudo teórico interdisciplinar dos capítulos 2 e 3, passou-se, no capítulo 4, a analisar criticamente dois julgados emblemáticos do STF, o caso Raposa Serra do Sol (PET 3.388) e as ADIs e ADC que questionaram/defendeu o Código Florestal (Lei 12.651/2012).

O caso Raposa Serra do Sol culminou com a edição de 19 (dezenove) salvaguardas que desenharam o que se pode dizer de uma política pública para terras indígenas. Embora a decisão ali tomada não tem efeito

vinculante para casos futuros, retratam com bastante clareza o posicionamento da Corte acerca de um típico conflito socioambiental e orientam futuras decisões.

O que ficou constatado nesse julgado é que há uma análise superficial do princípio do desenvolvimento sustentável pelo STF. Apesar do discurso oficial de compatibilidade entre desenvolvimento social, ambiental e econômico, verifica-se uma nítida prevalência em abstrato ao desenvolvimento econômico, o que rompe com o conceito de integridade defendido por Dworkin, haja vista que uma leitura da Constituição sob esse filtro não permite que se adote essa conclusão.

Ademais, também se constata uma desconfiança dos direitos – “trunfos” – dos indígenas. Seus direitos fundamentais cedem muitas vezes em face de valores como segurança nacional, desenvolvimento econômico, meio ambiente, o que fica claro quando se percebe o caráter secundário e subalterno que é destinado à FUNAI, ou à sua ausência de autonomia ou ainda participação obrigatória nas decisões relacionadas a tais assuntos que interfiram na terra que os indígenas ocupam. Faz-se o uso de argumentos utilitários para relativizar direitos, o que é inadmissível em uma teoria liberal do direito.

É inegável, contudo, que há também avanços no reconhecimento de direitos em determinados aspectos. Ao manter a demarcação das terras indígenas de forma contínua, e determinar a saída dos não índios daquele território, adotou o STF argumentos de princípios na fundamentação, defendendo os direitos fundamentais dos indígenas relativos a seu modo tradicional de vida e de ocupação territorial, em harmonia, ainda, com julgados pretéritos daquela Corte, satisfazendo a virtude da integridade.

Acerca das ADIs e ADC que questionaram/defendeu, respectivamente, o Código Florestal, a importância de sua análise consistiu por se definir naquela legislação impugnada o que deve ser preservado e o que pode ser desmatado em parte das cidades e nos cerca de 5,5 milhões de imóveis rurais do país, trazendo, além de uma indiscutível relevância prática, discussões fundamentais acerca do tipo de desenvolvimento que se pretende para o país. Foram discutidos princípios caros ao Direito Ambiental, como o da vedação ao retrocesso e desenvolvimento sustentável, notadamente levando em conta o fato de que previa uma proteção menor do

que o revogado Código Florestal de 1965. Além do mais, tratou-se de uma das leis ambientais mais discutidas pela sociedade na história nacional.

No julgado, a grande maioria dos dispositivos do Código Florestal foram declarados constitucionais pelo STF, cingindo-se a declaração de inconstitucionalidade ou interpretação conforme a constituição a tópicos pontuais, sem alterações profundas ou essenciais na legislação aprovada pelo Congresso.

O STF, em apertada maioria, assentou que o princípio da vedação ao retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático, e nem justificaria mudanças legislativas consideradas mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo. Apesar do discurso oficial de não haver incompatibilidade entre desenvolvimento econômico e meio ambiente, fez o Supremo novamente uma opção pelo primeiro, que confunde com crescimento econômico, lembrando que, de acordo com Sachs, um dos referenciais teóricos adotados neste trabalho, o termo desenvolvimento deve ser reservado às soluções triplamente vencedoras – um crescimento econômico sustentado, socialmente inclusivo e em harmonia com o meio ambiente

Merece censura a conclusão adotada pelo STF, que demonstra não estar convencido da compatibilidade – ou mais corretamente, da indissociabilidade – entre desenvolvimento econômico e ambiental, apesar do que diz a Constituição e do que formalmente o próprio Tribunal reconhece. Muitos benefícios considerados inicialmente ambientais, revertem para o desenvolvimento econômico, como a própria questão de uma maior cobertura vegetal protegida. Ademais, o Brasil faz parte de diversos acordos internacionais que preveem o aumento da área protegida, mas adota, na prática, uma medida contrária a esses compromissos assumidos, o que é inadmissível em termos de integridade do ordenamento. Além disso, o princípio democrático não serve como argumento para se evitar o controle de constitucionalidade, haja vista que este se trata de um mecanismo de freio e contrapeso constitucional de natureza contramajoritária, a fim de se evitar que maiorias momentâneas modifiquem valores perenes do povo, que estão inscritos na Constituição.

A anistia aos desmatadores prevista pelo Código Florestal e chancelada pelo STF, reafirma uma trajetória histórica em que as leis ambien-

tais ocupam um papel em grande parte meramente simbólico, mas que cedem de forma contínua a interesses “maiores”, em especial econômicos, algo que é incompatível com a relevância constitucional que o meio ambiente ostenta hoje, rompendo novamente com uma leitura do direito baseada na integralidade.

Ao término, e levando em conta o que o STF já tem feito, foram propostos alguns parâmetros para uma teoria da decisão adequada para conflitos socioambientais. Foi enfatizado inicialmente que nos conflitos socioambientais é primordial a busca, quando possível, por soluções dialógicas, pois realçam os ideais democráticos de participação, e são hábeis a criar decisões mais efetivas e legítimas, o que guarda plena conformidade com os valores inscritos no ordenamento jurídico.

Quando inevitável o consenso, como premissa fundamental adotou-se o princípio da dignidade da pessoa humana, norte interpretativo da CF, o que implica obrigatoriamente o uso de argumentos de princípios em qualquer teoria da decisão que faça jus a esse ideal, indo ao encontro do que Dworkin pregava.

Uma teoria da decisão adequada para conflitos socioambientais precisa ter pleno domínio do conteúdo dos princípios ambientais, que são o instrumento normativo básico para a solução de casos difíceis. Nesta toada, o princípio do desenvolvimento sustentável é um verdadeiro sobreprincípio ambiental. Entretanto, ficou evidenciado na pesquisa realizada que o Supremo tende a tratar o seu conceito de forma rasa, sem muito aprofundamento ou reflexão sobre o seu conteúdo. Costuma conferir, apesar do discurso formalmente apresentado nos julgados de harmonia, uma prevalência em abstrato ao crescimento econômico em contraponto com as esferas de desenvolvimento social e ambiental, que estão, entretanto, ligadas de forma inquebrantável e horizontal a esse conceito. Reforça, assim, o caráter simbólico e destituído de efetividade das normas ambientais.

Defendeu-se, portanto, uma visão de desenvolvimento sustentável integral, que não veja o meio ambiente como entrave para todo e qualquer crescimento econômico, mas a uma forma de crescimento econômico insustentável, que não leve em conta os benefícios econômicos diretos e indiretos da proteção ambiental. Por outro lado, sustentou-se que o

ser humano não pode ser visto pelo intérprete, *a priori* ou abstratamente, como um entrave ao meio ambiente, mas parte integrante deste, razão pela qual é descabida a desconfiança com que frequentemente é tratado nessas demandas.

Devem ser privilegiadas soluções que permitam a convivência harmônica do homem com o meio ambiente, somente os separando quando for absolutamente imprescindível para garantir a proteção da biodiversidade e corredores ecológicos.

Deve ser reconhecido a populações tradicionais que façam uso sustentável da terra o direito a nelas viverem, ainda que sem a previsão jurídica expressa existente no caso de indígenas e quilombolas. Esse direito deve ser estendido a caiçaras, seringueiros, etc, por conta do princípio constitucional da igualdade, na feição do igual respeito, que de tamanha importância é a base fundamental da teoria liberal do direito de Dworkin.

A visão integral do princípio de desenvolvimento sustentável jamais poderá olvidar do desenvolvimento social, devendo ser criadas alternativas para reassentar ou compensar eventuais atingidos em demandas socioambientais, atentando-se à perquirição da boa-fé desses atingidos a fim de se aferir à existência de direito à reparação.

Uma teoria da decisão adequada para conflitos socioambientais deverá, outrossim, ter mecanismos para que argumentos de princípios não mascarem, por outro lado, argumentos de política, o que é especialmente frequente em conflitos socioambientais urbanos, onde muitas vezes é lançado o argumento de defesa da vida de populações favelizadas para promover remoções forçadas, que mascaram interesses especulativos imobiliários ou higienistas. Decidir com integralidade nesses casos significa que o intérprete deva levar a sério o direito social fundamental à moradia, e, fazendo uso do postulado da proporcionalidade, adotar a medida menos gravosa existente, como a realização de obras de contenção ou, quando muito, a remoção cingida a áreas onde essas restem impossibilitadas por questões exclusivamente de ordem técnica. Deve-se rechaçar frontalmente, contudo, expedientes que façam uso do direito social à moradia a fim de encobrir a prática de crimes de apropriação e construção irregulares, alvo de grupos criminosos que cada vez mais expandem seus domínios nas grandes cidades.

Uma teoria da decisão adequada aos conflitos socioambientais deve sempre buscar conhecimentos interdisciplinares, que são exigências da complexidade da vida social a que o Direito se propõe a regular. A correta delimitação dos princípios, que não é dada *a priori*, exige um esforço hermenêutico do intérprete que transcende a esfera jurídica, e que apenas se realiza com a incursão na literatura científica própria da área de conhecimento que o direito pretende disciplinar.

Encerra-se essa dissertação com a esperança de que seja possível caminhar, em um futuro não muito distante, até porque o tempo não é um privilégio da urgência da questão ambiental em nossa época, a uma maior pacificação social através do Direito quanto a esses conflitos. O potencial danoso que a instabilidade causada por decisões conflitantes traz à sociedade é enorme. O ideal de pacificação pretendido não é um fim em si mesmo, no sentido de ausência de conflito ignorando suas causas, o que poderia ser alcançado simplesmente pela supressão de um dos interesses conflitantes, como fizeram as ditaduras com resultados terríveis.

A única pacificação possível em uma ordem democrática é a que encarne os ideais inscritos em sua Constituição. E o que se pretendeu demonstrar é que a Constituição de 1988 o faz de maneira clara, tratando o desenvolvimento social, ambiental e econômico como um todo indivisível, embora nem sempre a jurisprudência assim o faça.

Os parâmetros propostos aqui não guardam a pretensão irrealista de invencibilidade, pois acredita-se firmemente na busca de soluções comunicativamente construídas, que somente se consagrarão após o necessário debate entre os atores sociais envolvidos. Essa contribuição é apenas uma voz levantada para que se *leve a sério* os direitos socioambientais sob o viés da integridade e coerência, a fim de que conquistem na jurisprudência o verdadeiro protagonismo que a Constituição lhes conferiu. Somente assim o *romance em cadeia* do direito poderá continuar sua história, *preservando* o seu protagonista, que é o próprio ser humano.

REFERÊNCIAS

- ACSERALD, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. *In*: ACSERALD, Henri (org.) *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Heinrich Böll, 2004.
- ALBERT, André; FERNANDES, Rogério. Como mudar hábitos de consumo para produzir menos lixo. *Nova Escola*, São Paulo, 1º maio 2010. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/1180/como-mudar-habitos-de-consumo-para-produzir-menos-lixo>. Acesso em: 24 jan. 2019.
- ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica : a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.
- ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *In*: CARLIN, Volnei Ivo (org.); CLÈVE, Clèmerson Merlin (pref.). *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi*. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009, p. 49-68. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/images/esmafe/material-didatico/2011/direitosPovosIndigenas02.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: PRIEUR, Michel *et al.* *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, DF: Senado Federal, 2012, p. 55-72. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 26 jan. 2019.

BORGES, Luís Antonio Coimbra; REZENDE, José Luiz Pereira de; PEREIRA, José Aldo Alves. Evolução da legislação ambiental no Brasil. *Revista em Agronegócio e Meio Ambiente*, Maringá, PR, v. 2, n. 3, p. 455-456, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/rama/article/view/1146>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.901/DF: Distrito Federal. Voto Ministro Celso de Mello. *Notícias STF*, Brasília, DF, 28 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoMinistroCMADI4.901DF.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário mantém condições fixadas no caso Raposa Serra do Sol. *Notícias STF*, Brasília, DF, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=251738>. Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 183.188. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 14 fev. 1997. Ministério Público Federal, 6. Câmara de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/docs/jurisprudencia-1/competencia/stf/RE_183.188-0-MS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator profere voto no julgamento sobre Novo Código Florestal. *Notícias STF*, Brasília, DF, 8 nov. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361342>. Acesso em: 7 fev. 2017.

BRASIL *tem só um fiscal a cada 470 km² de parques e florestas*. *O Globo*, Rio de Janeiro, 3 nov. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/brasil-tem-so-um-fiscal-cada-470-km-de-parques-florestas-22025451>. Acesso em: 18 abr. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1-11.

CEBALLOS, Gerardo; EHRLICH, Paul R.; BARNOSKY, Anthony D.; GARCÍA, Andrés; PRINGLE, Robert M.; PALMER, Todd M. Accelerated modern human: induced species losses: entering the sixth mass extinction. *Science Advances*, Washington, D.C., 19 Jun. 2015. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.1400253>. Acesso em: 21 nov. 2022.

CELLEGHIN, Edson Roberto. *O licenciamento ambiental no âmbito do regime diferenciado de contratações públicos*. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Cidades) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos-ambientais e o direito dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, ano 5, v. 6, p. 212-213, jan./jun. 2010.

CONSTITUCIONALIDADE do novo Código Florestal Brasileiro (Lei 12.651/12). *Dizer o Direito*, [S.l.], 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/03/constitucionalidade-do-novo-codigo.html>. Acesso em: 9 fev. 2019.

DINIZ, Tiago; FERREIRA FILHO, Joaquim Bento. Impactos econômicos do Código Florestal Brasileiro: uma discussão à luz de um modelo computável de equilíbrio geral. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, Brasília, DF, v. 53 n. 2, p. 229-25, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/resr/a/6N5fdPMXLTYX73PyG4SyMj/?lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2022.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENTENDA o conflito na terra indígena Raposa Serra do Sol. *GI*, São Paulo, 11 maio 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL464471-5598,00-ENTENDA+O+CONFLITO+NA+TERRA+INDIGENA+RAPOSA+SERRA+DO+SOL.html>. Acesso em: 27 nov. 2017.

FALBO, Ricardo Nery. Exigência interdisciplinar no direito: tensão disciplinar e condições de possibilidade. In: SCARPI, Vinicius; BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FRANCO, José Luiz de Andrade; SILVA, Sandro Dutra e; DRUMMOND, José Augusto; TAVARES, Giovana Galvão (org.). *História ambiental: fronteiras, recursos naturais e conservação da natureza*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

FRANCISCO de Assis. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Francisco_de_Assis. Acesso em: 26 nov. 2017.

GREENPEACE BRASIL. *O impacto do desastre de Mariana (MG) na vegetação local*. 23 mar. 2017. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/publicacoes/o-impacto-do-desastre-de-mariana-mg-na-vegetacao-local/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2014.

HORTA, Ricardo de Lins e. Argumentação, estratégia e cognição: subsídios para a formulação de uma teoria da decisão judicial. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 2, p. 151-193, maio/ago. 2016.

IRVING, Marta de Azevedo; CORRÊA, Frances Vivian; ZARATTINI, Andréa Curi (org.). *Parques nacionais do Rio de Janeiro: contexto e desafios*. 1. ed. Rio de Janeiro: Folio Digital; Letra e Imagem, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LATOUCHE, Serge. *O desafio do decrescimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA, George Marmelstein. *A judicialização da ética*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018. (Série de monografias do CEJ; v. 30). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/monografias-do-cej2/volume-30-2013-2018/@@download/arquivo>. Acesso em: 26 jan. 2019.

MADEIRA FILHO, Wilson; SIMON, Alba. Tecnocracia e conflitos socioambientais: o difícil percurso para a consolidação de uma epistemologia ambiental. In: CARLI, Ana Alice de; SANTOS, Fabiana Soares dos; SEIXAS, Marcus Wagner de. *A tecnologia em prol do meio ambiente: a partir de uma análise multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 215-228.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O direito das favelas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.

MARTINEZ-ALIER, Joan. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. São Paulo: Contexto, 2007.

MELO, Débora. Planos de Bolsonaro para o meio-ambiente deixam entidades em alerta. *Huffpost Brasil*, [S.l.], 14 out. 2018. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/10/14/planos-de-bolsonaro-para-meio-ambiente-deixam-entidades-em-alerta_a_23560889/. Acesso em: 26 jan. 2019.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Fortaleza, ano I, v. 1, n. 5, p. 1-22, ago. 2001.

MILÍCIA na Muzema é chefiada por major da PM, suspeito de controlar construções de imóveis irregulares. *G1*, Rio de Janeiro, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/04/12/milicianos-dominam-construcao-e-venda-de-imoveis-irregulares-na-muzema-onde-predios-desabaram.gh.html>. Acesso em: 18 abr. 2019.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Economia ambiental*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NOJIRI, Sergio. Decisão judicial. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial>. Acesso em: 21 fev. 2019.

PÁDUA, José Augusto. As bases teóricas da história ambiental. *Estudos Avançados*, São Paulo v. 24, n. 68, p. 81-101, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/Q4JBvrMMzw6gBvWhsshnKXN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2022.

PANEGASSI, Rubens Leonardo. Alimentação no Brasil colonial: economia, sociedade e cultura. *Revista de Economia Política e História Econômica*, São Paulo, v. 1, n. 14, p. 121-147, ago. 2008.

PEARCE, David; MORAN, Dominic. *O valor econômico da biodiversidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

PENNA, Carlos Gabaglia. Efeitos da mineração no meio-ambiente. *O Eco*, Rio de Janeiro, 26 jan. 2009. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/colunas/carlos-gabaglia-penna/20837-efeitos-da-mineracao-no-meio-ambiente/>. Acesso em: 31 jan. 2019.

POMPEU, Ana. STF mantém anistia a proprietários rurais e maior parte do Código Florestal. *Consultor Jurídico*. Conjur, São Paulo, 28 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-28/stf-mantem-anistia-codigo-florestal-proprietarios-rurais>. Acesso em: 7 fev. 2019.

POR QUE Hiroshima e Nagasaki são habitáveis e Chernobyl não? *IG*, Último Segundo, São Paulo, 8 ago. 2015. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2015-08-08/por-que-hiroshima-e-nagasaki-sao-habitaveis-e-chernobyl-nao.html>. Acesso em: 26 jan. 2019.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PRIEUR, Michel. O Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Tradução de José Antônio Tietzmann e Silva. In: PRIEUR, Michel *et al. Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, DF: Senado Federal, 2012, p. 11-54. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 26 jan. 2019.

REISDORFER, Guilherme F. Dias; GODOY, Miguel Gualano de. O STF e a constitucionalidade do Código Florestal. *Jota*, Opinião e Análise, São Paulo, 23 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/o-stf-e-constitucionalidade-do-codigo-florestal-23032018>. Acesso em: 9 fev. 2019.

RELATÓRIO Brundtland. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Relatório_Brundtland. Acesso em: 18 abr. 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SACHS, Ignacy. *A terceira margem*. em busca do ecodesenvolvimento. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Organização: Paula Yone Stroch. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. São Paulo: São Paulo: Studio Nobei; FUNDAP, 1993.

SCARPI, Vinicius. Equidade intergeracional: uma leitura republicana. In: MOTA, Mauricio (coord.). *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 63-80.

SCARAMUZZA, Carlos Alberto de Mattos *et al* (org.). *Mudanças no Código Florestal brasileiro: desafios para a implementação da nova lei*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

SILVA, Ana Paula Moreira da; MARQUES, Henrique Rodrigues; SAMBUICHI, Regina Helena Rosa (org.). *Mudanças no Código Florestal brasileiro: desafios para a implementação da nova lei*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Raposa do sol expõe limites às sentenças aditivas. *Consultor Jurídico*. Conjur, São Paulo, 7 mar. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>. Acesso em: 4 fev. 2019.

STACHEWSKI, Ana Laura. Bolsonaro mantém Ministério do Meio Ambiente, mas esvazia a pasta. *Época Negócios*, São Paulo, 22 jan. 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/01/bolsonaro-mantem-ministerio-do-meio-ambiente-mas-esvazia-pasta.html>. Acesso em: 22 jan. 2019.

STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio. Juiz com fome ou que almoçou mal deve julgar nossas causas? *Consultor Jurídico*. Conjur, São Paulo, 5 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-05/juiz-fome-ou-almocou-mal-julgar-nossas-causas>. Acesso em: 29 set. 2018.

THUSWOHL, Maurício. Aldo Rabelo deve apresentar proposta de mudança no Código Florestal nesta terça. *Rede Brasil Atual*: RBA, São Paulo, 8 jun. 2010. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/ambiente/2010/06/aldo-rebelo-deve-apresentar-proposta-de-mudanca-no-codigo-florestal-nesta-terca>. Acesso em: 18 abr. 2019.

UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NO BRASIL. *Parque Nacional do Monte Roraima*. [Brasília, DF], 2018. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/arp/594>. Acesso em: 18 abr. 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*: Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano: 1972. USP, São Paulo, [2018]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 23 jan. 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*: Declaração sobre meio-ambiente e desenvolvimento: Rio 1992. USP, São Paulo, [2018]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.html>. Acesso em: 23 jan. 2019.

VOTO do Ministro Carlos Ayres Britto na PET 3388. *Consultor Jurídico*. Conjur, São Paulo, 27 ago. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/Voto_Britto_Pet3388.pdf. Acesso em: 18 abr. 2019.

WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, D.F., v. 30, n. 118, p. 191-206, abr./jun. 1993. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176003>. Acesso em: 23 jan. 2019.

WEDY, Gabriel. *O princípio da precaução e a inversão do ônus da prova*. *Consultor Jurídico*. Conjur, Ambiente Jurídico. São Paulo, 17 ago. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-19/ambiente-juridico-principio-precaucao-inversao-onus-prova#_ftn11. Acesso em: 26 jan. 2019.



**PUBLICAÇÕES
DO CEJ**

