

IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/OÑATI

ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E SOCIEDADE

SELMA RODRIGUES PETERLE

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E56 Encontro Internacional do CONPEDI (4. : 2016 : Oñati, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Unilasalle / Universidad Complutense de Madrid

[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Selma Rodrigues Petterle, Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-146-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Sociedade: diálogos entre países centrais e periféricos

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Estado. 3. Constitucionalismo. 4. Sociedade.

CDU: 34

IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/OÑATI

ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E SOCIEDADE

Apresentação

A presente obra reúne artigos que foram aprovados (com dupla revisão cega por pares), apresentados e debatidos durante o IV Encontro Internacional do CONPEDI-OÑATI, realizado entre os dias 16 e 18 de maio de 2016, no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, na província de Gipuzkoa, na região autônoma do País Vasco (Espanha). A temática central que permeou o evento, isso desde a fase inicial de projeto até a sua concretização, foi a de aprofundar as reflexões na Área de Concentração do Mestrado em Direito do UNILASALLE (Direito e Sociedade). Para dar conta desse desafio contamos com inestimáveis parcerias. A do CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, que reúne os Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil e que tem desempenhado um papel central no fomento à pesquisa científica na área do Direito, assim como o Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, instituição de renome internacional com a qual o Mestrado em Direito do UNILASALLE mantém um vivo Convênio Internacional, consolidando, concretamente nossa internacionalização.

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direito e Sociedade, indissociavelmente conectados, os esforços foram direcionados para o aprofundamento do diálogo entre os países ditos como centrais e periféricos e as múltiplas questões atreladas a essas denominações. Sob esta perspectiva foram concebidos vários grupos de trabalho. Dentre estes, o Grupo de Trabalho (GT) “Estado, Constitucionalismo e Sociedade”, com o propósito de propiciar um debate aberto e com elevado nível científico sobre os seguintes temas: evolução histórica do constitucionalismo – constitucionalismo contemporâneo: neoconstitucionalismo, garantismo e novo constitucionalismo latino-americano; âmbitos de expansão do constitucionalismo: constitucionalismo global e constitucionalismo dos micro-poderes privados; constitucionalismo e democracia. As atividades deste GT foram desenvolvidas no dia 16 de maio de 2016, nos turnos da manhã e da tarde.

Considerando esse vasto universo temático, optou-se, no GT “Estado, Constitucionalismo e Sociedade”, por reunir os artigos em blocos, por afinidade temática ainda mais estreita, o que viabilizou um rico e fértil debate, após o breve período de apresentação. Esta dinâmica, além de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou concretamente a reflexão e o intercâmbio de ideias, o que sem dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica Área do Direito.

Onãti, maio de 2016.

Prof. Dra. Selma Petterle, Doutora em Direito pela PUCRS (2012), Coordenadora Adjunta e docente permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle.

Prof. Dr. Sergio Cademartori, Doutor em Direito pela UFSC (1998), docente permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle.

ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. O PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA COMO MECANISMO DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL CONTRÁRIO À TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AMBIENTAIS

ESTADO SOCIO-AMBIENTAL DE DERECHO Y O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. LO PRINCIPIO IN DUBIO PRO NATURA COMO MECANISMO DEL CONTROL DO ACTIVISMO JUDICIAL CONTRARIO A LA TUTELA DEL DERECHOS FUNDAMENTALES AMBIENTALES.

**Lucas De Souza Lehfeld
Raul Miguel Freitas De Oliveira**

Resumo

O princípio in dubio pro natura é postulado hermenêutico-aplicativo do direito pelos tribunais e mecanismo de controle do ativismo judicial envolvendo direitos fundamentais ambientais em conflito político-normativo. Num Estado Socioambiental de Direito, não há como afastar a tutela ambiental em decisões judiciais frente ao poder econômico. A fundamentação das sentenças e acórdãos encontra no princípio in dubio pro o ônus argumentativo para justificar o afastamento da proteção dos bens ambientais diante de situações como fato consumado e periculum in mora (in) reverso. O trabalho valeu-se da pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa, e dos métodos dedutivo, indutivo e analítico.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Tutela ambiental, Princípio in dubio pro natura, Limites, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

El principio in dubio pro natura é aplicación hermenéutica de derecho por los tribunales y mecanismo de control do activismo judicial cuando se refiere a derechos fundamentales ambientales. En un Estado Socio-ambiental de Derecho, no si pode descartar la tutela ambiental en decisiones judiciales ante el poder económico. La fundamentación judicial se condiciona a lo referido principio, verdadero encargo argumentativo para justificar la eliminación de la protección ambiental ante a situaciones como "hechos consumados" y periculum in mora (in)reverso. Lo trabajo se desarrolla a partir de investigación bibliográfica, documental y cualitativa, e dos métodos deductivo, inductivo y analítico.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, Protección ambiental, Principio in dubio pro natura, Limite, Activismo judicial

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o princípio do *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente* como postulado hermenêutico-aplicativo do direito pelos juízes e tribunais, no limite ao ativismo judicial quando de eventual conflito político-normativo que envolva direitos fundamentais ambientais. Numa sociedade de risco, por Ulrich Beck (2010), não há como afastar a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em decisões judiciais, frente a situações fáticas, denominadas de “fato consumado” ou *periculum in mora (in)reverso*, relacionadas ao poder econômico e de mercado (empreendimentos e exercício do direito de propriedade sem atendimento à sua função socioambiental).

A partir de um constitucionalismo ambiental garantista, de fortes premissas, na visão de Luigi Ferrajoli, buscam-se critérios de limite e vínculo à jurisprudência ativista brasileira quando da discricionariedade judicial permitida pelo sistema normativo-constitucional baseado em princípios e regras, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2008), no intuito de se buscar um verdadeiro Estado Socioambiental de Direito na visão de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012).

O princípio *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*, como postulado hermenêutico, hodiernamente, ganha relevância diante os grandes desafios que os tribunais superiores, especialmente, vêm enfrentando na resolução de conflitos normativos que dizem respeito, por exemplo, às intervenções antrópicas em Áreas de Preservação Permanente (APPs), Reserva Legal (RL) e Unidades de Conservação (UC) como bens ambientais de especial proteção constitucional e legal. A primazia portanto dos direitos fundamentais ambientais frente aos demais cria um forte ônus argumentativo para o magistrado na justificação de sua decisão em afastar a tutela ambiental frente à lógica de mercado baseada no desenvolvimento econômico.

Para a consecução desse objetivo, o artigo foi desenvolvido a partir de uma pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa, nas áreas de direito constitucional, ambiental e administrativo-econômico. Os dados levantados das fontes pesquisadas (doutrina, jurisprudência e legislação) foram analisados por processos metodológicos dedutivo, indutivo e analítico, em uma estrutura dissertativa lógica.

Nesse sentido, o trabalho inicia-se com um estudo sobre o Estado Socioambiental de Direito em uma sociedade de risco e sua fundamentação constitucional vigente. Em seguida, apresentam-se as premissas necessárias para um modelo adequado de constitucionalismo garantista dos direitos fundamentais ambientais, na busca de sua concreção. A partir desse

momento, estuda-se a natureza multifuncional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que acaba sendo considerado não só como um direito fundamental, mas também postulado hermenêutico-aplicativo do direito pelos juízes e tribunais em sede de ativismo judicial (princípio do *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*).

2 DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO E O DESAFIO DA SUSTENTABILIDADE NA ATUAL SOCIEDADE DE RISCO

Em virtude da degradação ambiental, decorrente não só da exploração dos recursos naturais, mas também dos impactos ambientais provocados pelos resíduos sólidos e efluentes do processo produtivo-econômico da sociedade contemporânea, agrega-se ao hodierno Estado de Direito – modelo que superou o Estado Social pós-Segunda Guerra que, por sua vez, já havia superado o Liberal – uma dimensão ecológica quanto à tutela de direitos, como outros já consagrados, em modelos anteriores, como os direitos políticos, civis, sociais, econômicos e culturais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012), o Estado Socioambiental de Direito, resultante desse valor ecológico, configura-se em um marco jurídico-constitucional ajustado à necessidade da tutela e promoção, de maneira integrada e independente,

dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos direitos fundamentais socioambientais ou direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 45).

A finalidade do Estado Socioambiental de Direito, portanto, é a sustentabilidade, com base na tutela de direitos sociais, econômicos e ambientais. Conforme Gerd Winter (2009, p. 2 e 4), “sustentável significa que estes três aspectos devem coexistir como entidades equivalentes. No caso de conflitos, eles devem ser balanceados, considerações mútuas tomadas e compromissos estabelecidos”. Não se deve tolerar, neste sentido, posições fundamentalistas ecológicas ou mesmo maniqueístas dos fenômenos ambientais e econômicos.

Segundo as Organizações das Nações Unidas (ONU), no Preâmbulo da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (Resolução n.º 41/128, de 04.12.1986), o desenvolvimento

é um processo global, econômico, social, cultural e político que visa a melhorar continuamente o bem-estar do conjunto da população e de todos os indivíduos, embasado em suas participações ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na partilha equitativa das vantagens que daí decorrem. (ONU, 1986).

A sustentabilidade, por sua vez, qualifica ou caracteriza o desenvolvimento no Estado Socioambiental de Direito. Sobre este tema, Paulo Affonso Leme Machado (2012, p. 74) realça que é necessária uma “harmonização dos interesses em jogo” cujo “preço” não pode ser a “desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental”, uma vez que, durante muito tempo, “os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos”.

O desenvolvimento sustentável, nesse sentido, envolve, de forma triangular, a integração da tutela ambiental e o processo produtivo-econômico (princípio da integração), a preservação necessária do legado ambiental para as presentes e futuras gerações (princípio intergeracional), bem como a exploração racional e equitativa dos recursos naturais (princípio da sustentabilidade).

Sob esse prisma principiológico, há grandes desafios ao Estado Socioambiental de Direito na contemporânea sociedade, considerada de risco por Ulrich Beck (2010). Os avanços científicos e tecnológicos, especialmente pós-revolução científica (séculos XVI e XVII), não obstante o progresso notável propiciado pelas descobertas nas diversas áreas do conhecimento, paralelamente serviram e ainda servem de instrumentos de intervenção antrópica no meio ambiente, levando à sua degradação e esgotamento dos recursos naturais, na medida em que a natureza é considerada como simples objeto destituído de qualquer valor intrínseco.

Corroborando com tal percepção, Rubem Alves (2007, p. 21), esclarece que apesar do senso comum e a ciência serem expressões da mesma necessidade básica de compreender o mundo, para uma vida melhor, não há inferioridade do primeiro em relação à segunda, pois “por dezenas de milhares de anos, os homens sobreviveram sem coisa alguma que se assemelhasse à nossa ciência. Depois de cerca de quatro séculos, desde que surgiu com seus fundadores, curiosamente a ciência está apresentando sérias ameaças à nossa sobrevivência”

Numa sociedade de risco, o conhecimento científico e tecnológico, cujas finalidades deveriam ser o desenvolvimento, o bem-estar social, a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, em razão da sua inconsequente instrumentalização, com todo o seu poder de

criação e destruição, passa a ser a principal ameaça à manutenção e à sobrevivência da própria espécie humana, levando consigo também todo o ecossistema. (BECK, 2010).

O referido autor entende que há necessidade, para um cenário futuro, de um processo de reindustrialização e democratização tecnológica, levando-se em consideração a proteção ambiental. Para ele, trata-se de uma *opção ecológica de Estado do Bem-Estar*, no qual, haveria a criação de autoridades, dotadas de competências e atribuições, para combater eficazmente o espólio industrial da natureza.

Em forma parecida, um sistema de prevenção poderia instaurar-se para combater os prejuízos no campo da saúde devido à contaminação do ambiente e dos alimentos. Para isso, naturalmente se requereria trocar os fundamentos jurídicos de modo que os prejudicados não suportarão a carga de terem que demonstrar o nexo causal de seus problemas. (BECK, 2010, p. 284).

Por isso, requer-se uma nova concepção de desenvolvimento e de Estado, baseado no avanço tecnológico e científico. A sustentabilidade passa a ser o ponto de partida, gerando, a responsabilização da sociedade e dos órgãos estatais quanto à tutela ambiental. Contexto em que a solidariedade quanto aos deveres na manutenção do equilíbrio ecológico assume dimensão jurídico-constitucional.

3 ESTADO SOCIOAMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O fundamento constitucional do Estado Socioambiental de Direito, na busca de um desenvolvimento sustentável, encontra-se, num primeiro momento, no artigo 225 da Lei Maior do Estado brasileiro, quando tutela do equilíbrio ecológico. Prescreve, assim, o referido dispositivo, *in litteris*: “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”.

Para Antonio Enrique Pérez Luño (1995), o referido direito constitucionalmente tutelado é fundamental, pois incide diretamente na existência humana, uma vez que o ambiente é o conjunto de condições externas que conformam o contexto da vida do ser humano.

Cabe ao Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito, nos termos do §1º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), exemplificativamente, preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I), preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético e

fiscalizar as entidades de pesquisa e manipulação de material genético (inciso II); definir nas unidades da Federação espaços territoriais a serem especialmente protegidos, como Unidades de Conservação (UC), Áreas de Preservação Permanente (APPs) e reserva legal (inciso III); exigir na forma da lei para a instalação de obras ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental estudo prévio de impacto ambiental (EPIA) ao qual se dará publicidade (inciso IV); controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida e ao meio ambiente (inciso V); promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública quanto à preservação ambiental (inciso VI); e proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade, na forma da lei (inciso VII).

Deveres instituídos pela Constituição Federal como fundamentais para um Estado Socioambiental de Direito. Ademais, a responsabilidade ambiental também teve posição de destaque no artigo 225, em seu §3º, *in verbis*: “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”. Impõe, portanto, aos sujeitos (pessoas físicas e jurídicas), na seara ambiental, a responsabilidade objetiva quanto à tutela dos bens ambientais, exigindo daquele que degrada o meio ambiente, independentemente de culpa em sentido amplo, a recuperação por meio da obrigação de fazer ou de não-fazer, e/ou indenização do dano ambiental.

No que se refere à política econômica, a Constituição Federal de 1988 também erige a defesa do meio ambiente como princípio de observância obrigatória¹.

Para Boaventura de Sousa Santos (1997), a Constituição traz uma concepção de *desenvolvimento ecossocialista* que se opõe ao do capital-expansionista, no qual o desenvolvimento social é mensurado, essencialmente, pelo crescimento econômico contínuo, baseado na industrialização e evolução tecnológicas virtualmente infinitas, em total descontinuidade entre o meio ambiente e a sociedade. Pelo paradigma ecossocialista, por outro lado,

¹ “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: [...] 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”.

O desenvolvimento social afere-se pelo modo como são satisfeitas as necessidades humanas fundamentais e é tanto maior, a nível global, quanto mais diverso e menos desigual; a natureza é a segunda natureza da sociedade e, como tal, sem se confundir com ela, tão pouco lhe é descontínua; deve existir um estrito equilíbrio entre três formas principais de propriedade: a individual, a comunitária e a estatal [...]. (SANTOS, 1997, p. 336).

A justiça social como fundamento da ordem econômica (artigo 170, *caput*, da CF/88), sob esse diapasão, conduz a uma gestão democrática quanto ao processo produtivo e ao desenvolvimento do Estado, com o fim de promover uma distribuição equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais tanto pelo setor privado, como pela atuação estatal em âmbito socioeconômico.

No campo da formulação de políticas públicas, a Constituição Federal também atribuiu às unidades da federação brasileira ampla atuação. Conforme o seu artigo 23, compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI), bem como preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII). Cooperação ambiental que busca concretizar o meio ambiente como direito difuso, sendo atualmente, por exigência constitucional (parágrafo único do artigo 23 da CF/88) disciplinada pela Lei Complementar n.º 140, de 08 de dezembro de 2011, a qual determina as regras para a atuação cooperada para todos os entes federativos nas ações administrativas relativas “à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora” (artigo 1º).

Quanto ao processo dinâmico de concretização (CANOTILHO, 1998) dos princípios ambientais encartados no artigo 225, no sentido de sua aplicação normativa a casos concretos, o constituinte também atribuiu ao legislativo federal, estadual e do Distrito Federal competência concorrente para disciplinar matéria ambiental relativa a florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (artigo 24, inciso VI, da CF/88); à proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII); e à responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico (inciso VIII). Aos municípios, a Lei Maior, em especial, atribuiu a competência para legislar sobre questões ambientais de interesse local, sendo que poderão complementar a legislação federal e a estadual, no que couber (artigo 30, incisos I e II).

O Estado socioambiental constitucional brasileiro, na busca do desenvolvimento sustentável, em razão da integração de direitos fundamentais de natureza social, econômica e ambiental, impõe força normativa às disposições constitucionais a partir de um modelo

interpretativo/aplicativo baseado em premissas que garantam, além da legalidade, a completude deôntica e sistêmica da tutela ambiental, a fim de se evitar distorções que possam prejudicar o verdadeiro sentido jurídico-lógico e político-social da Lei Maior.

4 DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA AMBIENTAL

Nesse contexto socioambiental contemporâneo, a Constituição Federal posiciona-se em destaque frente à tutela dos recursos ambientais frente à atividade macroeconômica desenvolvida pela iniciativa privada, bem como pelo Estado em especial nas prestações de serviços públicos e de infraestrutura, com impactos diretamente no meio ambiente.

Critica-se a atual interpretação/aplicação baseada na indevida utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para privilegiar aspectos econômicos e da propriedade privada, mediante teorias conhecidas do fato consumado – por exemplo, o direito de manter construções em Áreas de Preservação Permanente (APPs) em represas e lagos – e do *periculum in mora (in)reverso* – como exemplo, a não concessão de tutela antecipada para preservação de bem ambiental em razão do risco de dano ao patrimônio do investidor para determinado empreendimento).

Trata-se de uma “lógica de mercado”, e não de uma “lógica jurídico-constitucional”. É na verdade uma subversão que se reinventa em uma sociedade de risco. Por isso, imprescindível construir um modelo de constitucionalismo contemporâneo baseado em premissas que, ao garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado como metaprincípio-normativo, apresente validamente limites à degeneração dos direitos fundamentais correlacionados pelos poderes da política e da economia.

Esse constitucionalismo garantista tem inspiração em Luigi Ferrajoli, o qual determina como seus postulados a *legalidade*; *completude deôntica*; *jurisdicionalidade/justicialidade* e *acionabilidade*.

Luigi Ferrajoli define o modelo garantista (MG) como o modelo teórico adequado ao constitucionalismo garantista baseado em quatro princípios ou postulados, dois vinculados às garantias primárias, dois vinculados às garantias secundárias: (a) princípio da legalidade (em sua dupla versão: legalidade lata, formal ou legal, também denominada mera legalidade; legalidade estrita, substancial ou constitucional); (b) princípio da completude deôntica (consistente na obrigação de introdução dos deveres correspondentes aos direitos fundamentais como garantias primárias, através de normas e instituições públicas de garantia, desvinculadas das funções de governo, destinadas a sua obediência – limites dos direitos de liberdade – e satisfação – prestações dos direitos sociais). Garantias primárias. (c) princípio da jurisdicionalidade (se existem garantias primárias deve existir uma jurisdição como garantia secundária que possa corrigir a sua não efetivação ou efetivação

insatisfatória por omissão ou comissão); (d) princípio da acionabilidade (se existe uma jurisdição devem existir órgãos públicos voltados à satisfação das garantias primárias por via da judicialização das ações próprias a corrigir os atos omissivos ou comissivos dos Poderes Públicos e privados que tentem contra as garantias primárias). (ZANETI JR., 2015, p.1371-1372).

Percebe-se que os referidos postulados podem ser aplicados, de forma adaptada, ao constitucionalismo brasileiro, uma vez que se aceita a ampla *judicial review*. Ou seja, o Poder Judiciário, conforme proposta de Ferrajoli (2007), atua como garantia de segundo grau (jurisdicionalidade/judicialidade), acionado pelo Ministério Público ou outro legitimado (acionabilidade) – instituições igualmente de garantia de segundo grau –, para defesa da integridade dos direitos fundamentais, revisando a proibição da utilização dos precedentes judiciais como fontes formais do direito, em prol de seu uso de acordo com a Constituição e leis democraticamente produzidas.

Isso porque são exatamente os precedentes judiciais, aplicados como fechamento racional do ordenamento jurídico, decididos nos casos concretos mas de forma universalizável, que permitem a partir da garantia da segurança jurídica, da confiança legítima, da previsibilidade, da efetividade e da certeza, diminuir o espaço entre a previsão constitucional e legal e sua aplicação prática, implementando através do Judiciário as políticas públicas previstas abstratamente nos instrumentos legislativos direcionados a efetivar os direitos fundamentais todas as vezes que as condutas comissivas ou omissivas, do mercado ou da Administração Pública, frustrarem os mandamentos constitucionais. Trata-se, portanto, de função típica do Poder Judiciário, pelo menos no modelo brasileiro que aceita a ampla *judicial review*, interpretar e garantir o direito em face dos atos desconformes dos demais poderes. (ZANETI JR., 2015, p. 1373)

Sob esse prisma, a interpretação e aplicação dos princípios são fundamentais para o controle da discricionariedade judicial, uma vez que são claros limites aos juízes e tribunais. Ademais, são vinculantes quanto ao trato dos bens ambientais em discussão, sendo sua subversão pela atuação jurisdicional, em especial pelo movimento neoconstitucionalista (ou também chamado de constitucionalismo principiológico ou panprincipialismo), em um equivocado contexto liberal-relativista do direito, traduz-se, na realidade, em arbítrio judicial (e não discricionariedade), pré-moderno ou neoliberal baseado em valores que não condizem com o Estado socioambiental de direito trazido pela Constituição.

Cabe ressaltar que o ativismo judicial, nessas condições, baseado em um relativismo pernicioso prol mercado (degradação ambiental justificada em situações caracterizadas como “fato consumado” ou mesmo *periculum in mora (in) reverso*), deve ser substituído pela força normativa vinculante da Constituição ambiental, cujos direitos fundamentais nela previstos tem aplicação direta e imediata.

Propõe-se um ativismo constitucional, a partir da tutela dos bens ambientais e da sustentabilidade, em substituição ao ativismo judicial desfigurado, argumentado em falaciosa ponderação de princípios, em conflito aparente de normas de tutela ambiental e da propriedade (em sua concepção lata, qual seja, desde a direito de usar, gozar, usufruir e dispor de determinado bem ou serviço (art. 5º, XXII, da CF/88, combinado com o art. 1.228 do Código Civil de 2002 (CC/02)), como o direito ao exercício da atividade econômica, com a apropriação dos fatores de produção (art. 170 da CF/88)).

Ressalta-se, por oportuno, que a propriedade como direito fundamental tem como condição *sine qua non*, para o seu exercício, o cumprimento de sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII, da CF/88, combinado com o §1º do art. 1.228 do CC/02).

[...] a propriedade está impregnada de socialidade e limitada pelo interesse público. O atendimento ao princípio da função social da propriedade requer não só que seu uso seja efetivamente compatível com a destinação socioeconômica do bem, p. ex., se este for imóvel rural, nele dever-se-á exercer atividade agrícola, pecuária, agropecuária, agroindustrial ou extrativa, mas também que sua utilização respeite o meio ambiente, as relações de trabalho, o bem-estar social e a utilidade de exploração. Deverá haver, portanto, uso efetivo e socialmente adequado da coisa. (DINIZ, 2008, p. 832).

O princípio *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*, portanto, diante desse contexto, é metanorma de aplicação do direito, razão pela qual limita e vincula a atuação jurisdicional do Estado na resolução das colisões entre direitos fundamentais. Trata-se de controle de jurisdicionalidade, fundado em um constitucionalismo garantista, forte, paramentado na sustentabilidade como preceitua o art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Em voto, o relator Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin, retrata esse controle do ativismo judicial quando eivado de relativismo em detrimento dos deveres ambientais determinados pela norma jurídica:

No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador. (STJ, Resp. 650.728/SC).

Não há como o legislador antever todas as hipóteses de degradação ambiental, nem mesmo o Executivo determinar políticas públicas imunes de dificuldades de implementação, por questões orçamentárias, ou mesmo político-administrativas. No entanto, a ausência ou

atuação deficiente dos referidos órgãos estatais não legitima à liberalidade econômica desmedida (v.g. atividades e empreendimentos de grande impacto ambiental), ou mesmo a atuação pública ineficiente quando fiscalizatória (v.g. licenciamento ambiental e monitoramento), ou impactante ao meio ambiente, quando de caráter econômico (v.g. prestação de serviços públicos). O Judiciário, nesse contexto, tem o dever-poder, quando provocado pelo jurisdicionado, de lhe garantir aquele direito ambiental fundamental violado, ou não reconhecido por quem é obrigado.

5 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E SUA MULTIFUNCIONALIDADE

Os direitos fundamentais possuem papel central na estrutura da ordem constitucional dos Estados Democráticos contemporâneos. Trata-se de principal proteção do cidadão, em sua dimensão individual ou coletiva, frente ao Estado (eficácia jurídica vertical), e hodiernamente também diante o poder econômico (eficácia jurídica horizontal).

Segundo Bernardo Barbosa Zettel, Carlos Bolonha e Henrique Rangel, a atuação normativa dos direitos possui uma dupla perspectiva:

[...] garantem, por um lado, um conteúdo essencial de liberdade individual que não pode sofrer qualquer forma de intervenção pelos Poderes Públicos ou mesmo por outros particulares; e, por outro lado, conferem ao indivíduo a possibilidade de desenvolvimento humano adequado a partir de prestações estatais na área da saúde, da educação, da cultura e da segurança, que importam em um resguardo do mínimo existencial relacionado com o direito à vida. (ZETTEL; BOLONHA; RANGEL, 2015, p. 156).

Quanto à essência do conteúdo normativo dos direitos fundamentais, Konrad Hesse esclarece que eles têm como objetivos a dignidade da pessoa humana, bem como a liberdade individual, mas compreendida em um contexto social:

Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre, e vice-versa; essa liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos, sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na vida da sociedade publicamente constituída como comunidade. (HESSE, 2009, p. 33-34).

Sob essa perspectiva, há um grande desafio em determinar a extensão e intensidade dos direitos fundamentais em processo interpretativo/aplicativo pela atuação jurisdicional, uma vez que, em sua maior parte, eles são expressos sob a estrutura de princípios jurídicos, que segundo Robert Alexy (2008) exigem que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com o contexto fático e jurídico presentes. São mandamentos de otimização que orientam um *standard* normativo *prima facie*, ou seja, apresentam as razões consideradas como pressuposto para uma ação ou norma.

Da relevância de um princípio para um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu próprio conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2008, p. 89).

O direito fundamental ao meio ambiente insere-se nessa complexa realidade. O próprio direito ambiental, após a Constituição Federal de 1988 (e dos tratados relacionados à matéria por ela recepcionados), passou a ser compreendido como um ramo autônomo, com princípios, regras e métodos de interpretação próprios, caracterizado pela sua transversalidade, uma vez que em ramos tradicionais do Direito há normas de tutela ao meio ambiente (v.g. direito constitucional ambiental, direito administrativo ambiental, direito penal ambiental etc.).

As normas constitucionais de tutela ambiental, nesse sentido, são multifuncionais, que para Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 1377-1379):

A multifuncionalidade do direito fundamental ambiental implica no reconhecimento de sua dimensão objetiva e subjetiva, através da afirmação de direitos e deveres negativos ou defensivos, bem como, positivos ou prestacionais, que permitem sua judicialização a partir da afirmação de pretensões decorrentes de posições jurídicas complexas, especiais permissões de aproveitamento da norma, que autorizam a consecução de seus fins, quer em face dos poderes públicos, quer dos atores privados, sendo, a partir da interpretação e no contexto de significado da norma garantida sua aplicação direta e imediata, com eficácia plena e cláusula pétrea, vedado portanto a sua supressão e o retrocesso social.

Ainda sobre a multifuncionalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, Jorge Miranda (2000) salienta que ele recebe um tratamento de duplo alcance, ou seja, objetivo e subjetivo. Objetivo, pois é elemento institucional e organizatório do Estado, e, subjetivo, pois é um feixe de direitos fundamentais e de situações subjetivas conexas ou próximas.

O ambiente surge a nível das tarefas fundamentais, de incumbência e formas de organização do Estado [...] e a nível de direitos e deveres fundamentais [...]. Mais do que outras áreas, a multifuncionalidade ou multidimensionalidade torna-se aqui irrecusável. E quer uns aspectos quer outros têm de ser integrados, numa necessária elaboração sistemática, com os demais princípios e com as demais situações subjectivas. (MIRANDA, 2000, p. 536).

Como se observa, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (sustentabilidade) tem amplo espectro, uma vez que transcende a subjetividade, pois possui também natureza jurídica de direito fundamental social, intergeracional. Combina a liberdade – direitos de primeira dimensão, que exigem do Estado abstenção em certas situações de cunho individual –, com a solidariedade – dimensão que demanda de prestações positivas do Poder Público na tutela de bens ambientais.

O referido direito não se restringe à esfera pública, mas também alcança a seara privada, instituindo limitações (proibições de excesso), bem como vínculos (proibições de proteção insuficiente) aos agentes econômicos e também políticos. Isso constitui, na realidade, deveres ambientais fundamentais ao Estado e também à coletividade (ZANETI JR., 2015).

Em âmbito de deveres ambientais, o de solidariedade vem sendo considerado, em especial pelos tribunais superiores, norma de orientação do sistema de proteção ambiental brasileiro. A obrigação de preservar o legado ambiental para a presente e futuras gerações é uma especial obrigação que incumbe ao Estado e à própria coletividade, “evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais mercados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos [...]”. (STF, ADI 3.540 MC/DF).

A Constituição Federal de 1988, portanto, impõe, de forma garantista, a observância não só da sustentabilidade como princípio de orientação da estrutura jurídico-normativa, mas também do dever de solidariedade na tutela do meio ambiente como um bem intergeracional em razão de sua importância não só para o presente, mas também para o futuro da humanidade.

Sob esse prisma, o relativismo utilizado pelos tribunais em virtude de conflitos aparentes de normas, como as de proteção ambiental e àquelas de cunho econômico ou mesmo individual (v.g. direito de propriedade), sob o argumento de conceitos de “fato consumado”, ou *periculum in mora (in) reverso*, violam de sobremaneira a estrutura político-normativa de tutela dos bens ambientais em sentido amplo (naturais, culturais e artificiais). A

razoabilidade, proporcionalidade, ponderação como princípios de adequação e resolução de antinomias devem se submeter ao postulado hermenêutico *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*, sob pena de produção de um ativismo judicial contrário à *mens legis* da Constituição ambiental brasileira (Capítulo VI - Do Meio Ambiente – do Título VIII – Da Ordem Social – da CF/88).

6 O POSTULADO *IN DUBIO PRO NATURA* OU *IN DUBIO PRO AMBIENTE* COMO MECANISMO DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL

A priori, entende-se que o ativismo judicial é uma prática salutar exercida pelos tribunais, desde que realizado com critério e fundamentação juspolítica e social nos termos da ordem constitucional e legal, em especial na tutela dos direitos fundamentais quando da ausência ou deficiência da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Esse termo, “ativismo judicial”, originou-se no direito norte-americano – “*judicial activism*” – quando da atuação da Suprema Corte daquele país no julgamento de casos considerados controvertidos, repletos de conotação política, com consequências diretamente à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo estadunidenses. “Ao que consta, quem primeiro lançou ao público a expressão *judicial activism* foi o jornalista norte-americano Arthur Schlesinger Jr., num artigo escrito na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, intitulado ‘The Supreme Court: 1947’”. (LEAL, 2010, p. 24).

Sobre essa atuação polêmica da Suprema Corte, à época, Luís Roberto Barroso *et al.* (2011, p. 232-233) salientaram que chegou a existir uma “intensa reação conservadora” nos Estados Unidos, fazendo com que a expressão assumisse uma “conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial”, mas o ativismo judicial deve ser compreendido de forma “depurada dessa crítica ideológica”, pois, “em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios” por parte do Poder Judiciário.

Ou seja, o ativismo judicial é legítimo quando condicionado à concretizar os fins constitucionais muitas vezes decorrentes de normas principiológicas, sem desrespeito à atuação dos Poderes Políticos constituídos. A função jurisdicional, portanto, deve ser pautada pela busca da máxima eficácia das normas constitucionais, sem cerceamento da atividade de outro Poder, quando competente.

Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente da norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). (RAMOS, 2010, p. 141).

Essa interferência, ou ingerência, pode afetar seriamente a divisão orgânica estatal, o que torna ilegítima a atuação do Judiciário, o transformando em um “super-Poder”. Natureza esta vedada pelo princípio do *check and balance* previsto no art. 2º da CF/88, que garante a independência e harmonia dos Poderes.

É evidente que o Judiciário tem posição de destaque quando se trata de controle das demais funções estatais. A inafastabilidade de apreciação judicial também tem previsão constitucional como direito-garantia fundamental (art. 5º, XXXV, CF/88). No entanto, isso não lhe permite tomar a frente de questões inerentes ao Executivo (v.g. discricionariedade administrativa), ou mesmo Legislativo (v.g. processo legislativo exigido para regulamentação de norma constitucional).

O ativismo judicial, portanto, não deve ser uma atuação de confronto, mas sim de integração, concreção dos direitos e garantias fundamentais com fins constitucionais. Por isso impõe-se ao seu exercício critérios de controle, por meio de postulados e princípios hermenêuticos de aplicação do direito.

Na seara ambiental, pelo reconhecimento da constante e crescente degradação ambiental (v.g. rompimento das barragens de resíduos da extração de minérios na cidade de Mariana, Estado de Minas Gerais, considerado o maior desastre ecológico ocorrido no país), há um “desequilíbrio” constitucional em favor do meio ambiente como direito fundamental, frente aos demais direitos. Não se trata de considerá-lo um direito absoluto, ou mesmo de hierarquia superior aos demais previstos na Constituição, mas sim a necessidade premente de levá-lo em consideração para a manutenção da própria humanidade. Em razão dessa primazia, gera-se um postulado hermenêutico interpretativo, como controle das decisões judiciais, denominado princípio *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*.

É postulado que visa delinear a discricionariedade na tomada de decisão pelos juízes e tribunais quando da aplicação da lei em sentido amplo na concreção de direitos fundamentais, especialmente em situações polêmicas de aparente conflito normativo envolvendo a proteção do meio ambiente. E, na lição de Zaneti Jr. (2015, p. 1390), em *hard cases*, assim entendidos aqueles julgamentos nos quais houver “uma colisão entre o direito

fundamental ao meio ambiente e outros direitos igualmente fundamentais” deve-se assegurar *prima facie* a tutela ambiental.

Quando se diz respeito ao meio ambiente como direito fundamental, deve-se buscar aplicar a legislação mais protetiva. Exige-se do magistrado, como principal intérprete, em conflito normativo, argumentação inequívoca para o afastamento de norma de tutela ambiental em favor de outra, de mesma hierarquia, como as de natureza econômica, ou patrimonial.

Tal ônus argumentativo também deve ocorrer quando se tratar de aplicação legislativa, ou mesmo da atuação administrativa de diferentes entes da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Pela Constituição Federal de 1988, são todos eles competentes para legislar concorrentemente (art. 24, VI, VII e VIII, e art. 30, I e II) e administrar (art. 23, VI e VII) questões ambientais, razão pela qual, pelo princípio *in dubio pro ambiente*, em eventual conflito normativo ou político-administrativo, impõe-se como controle do ativismo judicial a prevalência da tutela ambiental mais restritiva.

O postulado hermenêutico aplicativo em discussão já é reconhecido pelos tribunais brasileiros como forma de garantir a máxima eficácia normativa de proteção dos direitos fundamentais ambientais. Pelo Superior Tribunal de Justiça, por oportuno, ressaltam-se os seguintes acórdãos, em que se aplicou o princípio do *in dubio pro natura*:

a) *STJ, Resp. 1356207/SP*: Recurso Especial em que se concluiu ser aplicável também em aquisição originária de propriedade, pela usucapião, a regra do novo Código Florestal que impõe obrigação ao proprietário rural de inscrever o imóvel usucapido no Cadastro Ambiental Rural – CAR, em substituição à averbação no Cartório de Registro de Imóveis, como previsto no Código anterior. Por não ser uma hipótese prevista expressamente na lei, o STJ aplicou o princípio da precaução como fundamento do julgamento que determinou o cumprimento da obrigação decorrente do novo texto legal;

b) *STJ, Resp. 1367923/RJ*: Recurso Especial em que se entendeu ser possível a condenação por dano moral coletivo quando houver degradação do meio ambiente, uma vez que há a mesma *ratio* da condenação para ressarcimento de lesão individual. Ou seja, o STJ concluiu que se deve dar à coletividade a mesma amplitude protetiva, se a honra de cada um dos indivíduos do grupo foi igualmente afetada. Nisto, então, aplicou o princípio do *in dubio pro natura*, na medida em que é necessária a interpretação e integração da norma ambiental para atingir os fins a que se destinam.

Denota-se dos citados julgados que se deve adotar um processo metodológico interpretativo, a fim de se evitar o contrassenso perante a sistemática constitucional de tutela

dos direitos fundamentais quando se analisa conflitos normativos que envolvam a sustentabilidade, num equilíbrio de eficácia dos direitos econômicos, sociais e ambientais. Diante o Estado Socioambiental de Direito, não há mais como justificar decisões judiciais, na solução de conflitos, por argumentos baseados em situações jurídicas consolidadas (por exemplo, na teoria do fato consumado ou no *periculum in mora (in) reverso*).

É como dizer que a aplicação da teoria do fato consumado, muitas vezes estribada no princípio da segurança jurídica no viés subjetivo, de proteção à confiança legítima depositada pelo cidadão que, conforme Di Pietro (2009), acredita e espera que os atos exercidos pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros, não pode suplantar a proteção do interesse coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou seja, deve-se também se ponderar o interesse individual diante do coletivo e difuso, assim como do atual *versus* o das futuras gerações, de forma a não se esvaziar a proteção máxima do meio ambiente como direito fundamental.

Isto tudo porque, também, a razoabilidade, proporcionalidade e ponderação de normas principiológicas ou de carga valorativa, no processo interpretativo realizado pelo magistrado, possuem como critério de justificação a concreção dos direitos e garantias fundamentais.

Sob esse prisma, é equivocada a argumentação do fato consumado, ou de eventual prejuízo ao empreendedor ou ao direito de propriedade, para afastar a tutela antecipada do meio ambiente, por esse ser considerado bem jurídico mais relevante, cujo dano em razão do tempo, na maioria das vezes, é irreversível. Como registrado noutra julgada do próprio STJ: “O valor atribuído pelo ordenamento constitucional e legal aos bens jurídicos em confronto e também o caráter irreversível, já não do que o juiz dá, mas do que se deixa de dar, ou seja, a irreversibilidade da ofensa que se pretende evitar ou mesmo da ausência de intervenção judicial de amparo” (STJ, AgRg no Ag. n. 736.826/RJ, DJ 28 nov. 2007, p. 208).

Quanto aos limites da aplicação da teoria do fato consumado, o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 609.748/RJ, publicado no Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 13 set. 2011, que “A teoria do fato consumado não pode ser invocada para conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo”, sendo este um entendimento consolidado das turmas de julgamento da Corte Constitucional.

É inegável, então, que este entendimento é fundamental em situações de intervenção antrópica (empreendimentos e exploração econômica), por exemplo, em bens ambientais de especial proteção, nos termos do art. 225, §1º, III, da CF/88, como as Áreas de Preservação

Permanente (APPs) e Reservas Legais (Lei n. 12.651/2012 - novo Código Florestal) e Unidades de Conservação (Lei n. 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC).

7. CONCLUSÃO

Fundamental, no Estado Socioambiental de Direito, a congruência dos direitos econômicos, sociais e ambientais na consecução dos fins da vigente Constituição Federal, em especial na atual sociedade de risco. Trata-se de um grande desafio para o Estado no exercício de suas funções administrativa, legislativa e jurisdicional, e também para a iniciativa privada (quando do exercício do direito fundamental de propriedade, que também por exigência constitucional, submete-se à função socioambiental).

Para a instituição do referido Estado, é imprescindível construir um modelo de constitucionalismo garantista contemporâneo baseado em premissas – *legalidade, completude deôntica, jurisdicionalidade/justicialidade e acionalidade* – que, ao garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado como metaprincípio-normativo, apresente validamente limites à degeneração dos direitos fundamentais correlacionados pelos poderes da política e da economia.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental é multifuncional, razão pela qual carga valorativa e principiológica, exigindo do Estado e do poder econômico tanto abstenção, quando do exercício de liberdades públicas, como prestações positivas para satisfação de direitos sociais. Neste sentido, o Poder Judiciário tem papel de grande relevância na busca dos fins da sistemática constitucional de tutela ambiental.

As sentenças e acórdãos, a partir do enfrentamento de casos difíceis (*hard cases*) envolvendo conflitos político-normativos, tem na primazia dos direitos fundamentais ambientais verdadeiro controle e limite do ativismo judicial. A ponderação, baseada na razoabilidade e proporcionalidade, no exercício da discricionariedade do juiz ou tribunal, encontra no postulado hermenêutico-aplicativo do direito *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente* o ônus argumentativo para justificar afastamento da tutela ambiental diante de interesses patrimoniais e/ou econômicos, em especial por decurso de tempo como situações denominadas como “fato consumado” e *periculum in mora (in) reverso*.

Espera-se que, por meio desse postulado interpretativo-aplicativo (princípio do *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*), o ativismo judicial, legitimado como instrumento de preenchimento de lacunas do sistema político-normativo deixadas pela falta ou deficiência

das funções administrativas e legislativas, não seja realizado na contramão do garantismo constitucional, qual seja, a instituição de um Estado Socioambiental de Direito baseado na tutela prevalente da sustentabilidade e os direitos ambientais fundamentais dela decorrentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, R. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 12 ed. São Paulo: Loyola, 2007.

BARROSO, L. R. et. al. **As novas faces do ativismo judicial. Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Salvador: JusPodivm, 2011.

BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Agravo (AgRg no Ag.) n. 736.826/RJ**. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 12 dez. 2006, DJ 28 nov. 2007.

_____. **Recurso Especial (Resp) n. 650.728/SC**. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23 out. 2007, DJ 02 dez. 2009.

_____. **Recurso Especial (Resp) n. 1367923/RJ**. Rel. Min. Humberto Martins, j. 27 ago. 2013, DJ 06 set. 2013.

_____. Terceira Turma. **Recurso Especial (Resp) n. 1356207/SP**. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 28 abr. 2015, DJ 07 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3540 MC/DF. **Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 01 set. 2005, DJ 03 fev. 2006.

_____. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Agravo (AgRg no Ag.) n. 736.826/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 23 ago. 2011, DJe 13 set. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

DINIZ, M. H. **Código Civil anotado**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAJOLI, L. **Principia iuris: teoria del diritto e teoria della democrazia**. Roma/Bari: Laterza, 2007.

HESSE, K. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, S. T. **Ativismo ou altivez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEHFELD, L. S.; CARVALHO, N. C. B.; BALBIM, L. I. N. **Código Florestal Comentado e Anotado** – artigo por artigo. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 20 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. IV.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Resolução n. 41/128, de 04 de dezembro de 1986. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf>. Acesso em 04 jan. 2015.

PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RAMOS, E. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, B. S. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2012.

THOMÉ, R. **Princípio da vedação do retrocesso socioambiental: no contexto da sociedade de risco**. Bahia: Juspodivm, 2014.

ZANETI JR., H. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. In: CLÈVE, C. M. **Direito Constitucional: novo direito constitucional**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II, p. 1367-1400. (Coleção Doutrinas Essenciais).

ZETTEL, B. B.; BOLONHA, C.; RANGEL, H. Os direitos fundamentais, a argumentação do STF e o desafio de uma teoria institucional. In: CLÈVE, C. M. **Direito Constitucional: direitos e garantias fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. III, p. 155-182. (Coleção Doutrinas Essenciais)

WINTER, Gerd. **Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Europeia**. Campinas: Millennium, 2009.