

UMA TEORIA DA DECISÃO AMBIENTAL

A THEORY OF ENVIRONMENTAL DECISION

Vinicius de Melo Lima¹

RESUMO

O estudo em tela trata dos fundamentos para a construção de uma teoria da decisão jurídica ambiental, expondo a problemática da discricionariedade e os vícios decorrentes do referido legado positivista na construção de sentido da norma jurídica. Em face da indeterminação do Direito do Ambiente e da incerteza associada à sociedade de risco pós-moderna ou reflexiva, impõe-se a adoção da hermenêutica filosófica como baliza fundamental para a concretização do direito fundamental à resposta ambiental correta, isto é, adequada à Constituição e aos princípios ecológicos. A hermenêutica ambiental integrativa fornece ao intérprete uma caminhada pautada pela ruptura com o paradigma individualista e unilateral, em prol de uma ética antropocêntrica alargada, na qual o ser humano e a natureza coexistem, devendo o órgão decisório levar em conta o pluralismo de fontes normativas e a solidariedade ambiental. A teoria da decisão ambiental leva a uma discussão sobre a (in)suficiência da democracia representativa para a resolução das questões ecológicas, assumindo relevo a participação comunitária no processo de tomada de decisão.

ABSTRACT

The study comes on the screen of the foundations for building a theory of environmental legal decision, explaining the problem of discretion and vices deriving from the positivist legacy in the construction of meaning of the legal norm. Given the indeterminacy of Environmental Law and associated with postmodern or reflexive risk society uncertainty, it is imperative that the adoption of philosophical hermeneutics as a fundamental

¹¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Universitário e Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul.

goal for the realization of the fundamental right to correct environmental response, ie, adequate to the Constitution and ecological principles. Integrative environmental hermeneutics the interpreter provides a walk guided by the rupture with the individualistic and unilateral paradigm towards an anthropocentric ethics enlarged, in which humans and nature coexist, the governing body must take into account the sources of normative pluralism and solidarity environmental. The theory of environmental decision leads to a discussion about the (in)sufficiency of representative to resolve ecological issues democracy, assuming relief community participation in the decision-making process.

PALAVRAS-CHAVE – HERMENÊUTICA FILOSÓFICA – DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE – DECISÃO AMBIENTAL

KEYWORDS – PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS - FUNDAMENTAL RIGHT TO ENVIRONMENT - ENVIRONMENTAL DECISION

INTRODUÇÃO

A crise ambiental no cenário da modernidade reflexiva ou pós-modernidade, em que pese as tragédias provocadas pela ação antrópica, vem encontrando óbice na compreensão de sua real dimensão.

Com efeito, a perda do referencial ético ou valorativo no âmbito das relações humanas, centradas num antropocentrismo individualista ou unilateral, afigura-se importante óbice para a assimilação da indigitada crise.

A sociedade de risco reflete-se na quebra da certeza científica ou da verdade absoluta, incontestável, regendo-se pelo paradigma da probabilidade, calcado em juízos de verossimilhança, num terreno onde campeia a imprevisibilidade².

Tal horizonte derrama seus efeitos no cenário sociojurídico, revelando a necessidade de um despertar para a problemática ambiental e sua complexidade, o que reivindica uma interação entre o Direito e os demais campos do conhecimento humano (biologia, sociologia, ecologia, urbanismo, etc.).

² Sobre o tema da sociedade de risco, ver BECK, Ulrich. *Risk Society. Towards a New Modernity*. Trad. Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992.

Os problemas ecológicos de primeira geração, ligados à prevenção e ao controle da poluição, e, com o passar do tempo, os de segunda geração, voltados à combinação dos efeitos dos fatores de poluição e suas implicações globais, a exemplo do efeito estufa e do aquecimento global, apontam para uma sensibilidade ecológica e para a adoção de um pluralismo legal global na resolução das questões ambientais³. De Estocolmo à Copenhague, o curso da história tem demonstrado que os danos ambientais demandam esforços globais para a inibição de condutas que degradam a natureza, a paisagem, o ecossistema, pois, em última análise, a própria vida está em jogo.

Mister é, pois, (des)velar as razões que subjazem a crise ambiental, nomeadamente na esfera da tomada de decisão jurídica, seja política ou judicial.

Argumentos de política pautados na discricionariedade administrativa, a outorgar um juízo de conveniência e de mera oportunidade na construção de políticas públicas ambientais, têm sido explorados à saciedade, o que corrobora a necessidade de um discurso de resistência, pautado na Constituição e nos argumentos de princípio, na linha de Dworkin, destacando-se a coerência e a integridade como elementos hermenêuticos fundamentais para uma reflexão em torno da pré-compreensão ambiental.

Isso porquanto os preconceitos ou prejuízos, no magistério de Gadamer, podem ser autênticos (legítimos) ou inautênticos (ilegítimos), compondo o denominado círculo hermenêutico, responsável pelo processo dinâmico da compreensão da fenomenologia do Direito.

O ser somente existe na sua completude na relação com o outro, haja vista que o mundo somente é compreendido como mundo quando compartilhado com os outros. É o ser-com-de que fala Heidegger, fundando as bases da dimensão comunitária do indivíduo.

Há, pois, um dever fundamental de proteção ambiental, sendo que o princípio da solidariedade é a bússola que orienta o intérprete da Constituição, nos caminhos tortuosos e repletos de obstáculos consistentes na concretização do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português”. In: *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (Organizadores). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1-2

O princípio da solidariedade traz ínsito o valor sustentabilidade, o qual possui uma dimensão fraca e uma dimensão forte: aquela procura equilibrar o meio ambiente aos campos econômico e social; já esta lança justamente na base da pirâmide a tutela do meio ambiente.

A hermenêutica da faticidade, na esteira de Gadamer, busca, por intermédio da tradição e da consciência histórico-efeitual, fornecer aportes para a eventual suspensão dos prejuízos inautênticos, operando como uma maneira de proporcionar um constrangimento epistemológico no processo de tomada de decisão, nomeadamente a decisão judicial (Streck).

Traçadas as linhas argumentativas alhures desenvolvidas, procura-se imprimir rumo às seguintes inquietações: Na atual quadra vivida, há espaço para a discricionariedade na decisão jurídica em matéria ambiental? Diante da abertura e da indeterminação do Direito Ambiental, é possível falar-se em respostas corretas (ou constitucionalmente adequadas) na tomada de decisão?

1. DA OFENSA AOS BENS AMBIENTAIS

O estudo da ofensividade ao meio ambiente sadio e equilibrado reclama uma pré-compreensão acerca dos bens coletivos no cenário contemporâneo.

O que vem a ser um bem coletivo?

Na seara da economia, Sousa Franco assinala os aspectos essenciais de um bem coletivo: 1º) o fato de prestar satisfações conjuntas (indivisibilidade das satisfações); 2º) os bens coletivos são por natureza não exclusivos, logo, inapropriáveis; e 3º) são bens não emulativos, ou seja, os indivíduos não entram em concorrência para obter a satisfação por eles⁴.

Sgubbi trouxe a temática do interesse difuso como objeto de tutela penal, salientando que, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), houve o

⁴ FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. v. 1. 4. ed. Lisboa, 1974, pp. 127-9.

incremento de novas demandas por parte da coletividade, enfocando a proteção do consumidor⁵.

Nessa senda, Hefendehl, conferindo relevo ao objeto de tutela do bem jurídico coletivo, traça as seguintes características: uso não exclusivo, não distributivo e não divisível. Salienta que um bem jurídico será coletivo quando seja fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las de forma individual em tais porções⁶.

A acumulação reflete a ideia de equivalência material para suprir a ausência de uma causalidade real, tendo como referência a probabilidade empírica e real em torno da multiplicidade da conduta em si inofensiva ao bem jurídico. A responsabilidade do indivíduo fundamenta-se na repetição inumerável do comportamento por terceiros, lesionando ou pondo em perigo o valor tutelado.

De início, Kuhlen pautava a cumulatividade numa mera hipótese. Ao evoluir sua concepção, salienta que a soma dos contributos singulares tem que contar com uma alta probabilidade, ser praticamente certa, conduzindo à ocorrência do dano coletivo.

A lógica da acumulação é típica da sociedade de risco, em que há uma ampliação da esfera de responsabilidade individual para abarcar eventos aos quais o agente não contribui de maneira relevante para a eclosão. Tais resultados naturalísticos, via de regra, estão permeados por contributos externos, não raras vezes imprevisíveis (abalos sísmicos, caso fortuito, força maior, natureza, alterações ambientais, etc.)⁷.

Já a figura do *free rider*, oriunda da teoria econômica e da filosofia moral, somente aplicável aos bens coletivos, constitui outro dos fundamentos da ofensa aos bens ambientais. Conforme já referido anteriormente, cuida-se do viajante sem bilhete, o indivíduo egoísta que age sob o império de uma razão instrumental calculadora (*homo economicus*)⁸, cujo

⁵ SGUBBI, Filippo. “L’Interesse diffuso come oggetto della tutela penale (considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumatore)”. In: *La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, pp. 547-94.

⁶ HEFENDEHL, Roland. *Deve ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Disponível em <http://www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

⁷ Beck (*op. cit.*, p. 11 e ss.) fala que os riscos são imprevisíveis e incontroláveis, os quais não estão na margem de escolha do indivíduo, oriundos da denominada modernização reflexiva, ou seja, dos efeitos negativos que a mesma produz na vida das pessoas.

⁸ Ver BORGES, Anselmo. “O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n.º 10, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 7.

comportamento desconsidera as expectativas comunitárias em torno da preservação de bens jurídicos fundamentais no seio social.

O *free rider* não compartilha da concepção de solidariedade, atuando com deslealdade comunicativa. Seu agir demonstra inequívoco desvalor moral, desconsiderando as estruturas normativas do reconhecimento recíproco. Na esfera ambiental, por exemplo, o agente, sabendo que os demais contribuem para a preservação da qualidade de vida e do meio ambiente em condições sustentáveis e de equilíbrio, auferir vantagem injusta ao lançar efluentes acima do permitido, num córrego que passa nas proximidades de sua empresa.

No âmbito da teoria econômica, o *free rider* é concebido como uma figura parasitária, que aproveita injustamente o cumprimento das normas por parte dos demais membros da coletividade, não contribuindo com os custos necessários para a preservação do bem coletivo, inserindo-se na lógica das ações coletivas⁹.

Do ponto de vista filosófico, Rawls¹⁰ e Feinberg¹¹ fundamentam suas teorias na necessidade de respeito ao próximo, isto é, no sentido de que a vida em sociedade carece de solidariedade entre os indivíduos, a fim de que os danos sejam evitados¹².

Oportuno é referir que a mencionada figura cruza-se, mas não coincide na sua totalidade com a da acumulação. A ausência de dano na conduta do *free rider* é devida ao fato de que a maioria refreia o seu interesse egoísta. Daí que o problema surge no contexto cumulativo apenas quando reunidas duas condições essenciais: a comprovação de que a conduta do agente é tida como prática egoísta ou obtenção de um benefício injusto à custa da cooperação solidária dos demais; a conclusão de que tal comportamento é cometido em número suficiente para que a sua continuidade constitua uma ameaça para o bem coletivo. Ademais, a lógica do grande número pode ser explicada, em determinadas situações, pelo hábito e não sob a perspectiva do parasita moral¹³.

⁹ Ver “The Free Rider Problem”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014 e BUCHANAN, James M. *The demand and supply of public goods*. Rand McNally Economics Series, 1968, pp. 77-99.

¹⁰ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001, p. 215 e ss.

¹¹ FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing (the moral limites of the criminal law)*, v. IV, 1988, pp. 13 e ss. e 202 e ss.

¹² RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 215.

¹³ DIAS, Augusto Silva. “What if everybody did it? Sobre a capacidade de ressonância da figura da acumulação no Direito Penal”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, n.º 13, pp. 319-20.

2. O “ESTADO DA ARTE” AMBIENTAL E O FATO CONSUMADO

A condição humana depende do ser-com-o-outro, ou seja, da interação na vivência comunitária, já que “nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos”¹⁴.

A preservação do meio ambiente, em todas as suas dimensões, não é um fim em si mesmo, mas um valor fonte que brota da dignidade da pessoa humana, na defesa dos direitos humanos e fundamentais.

Dentre os argumentos lançados em lides desse viés, merece atenção o referente à teoria do fato consumado.

Com efeito, tendo em vista a inércia administrativa na adoção de providências decorrentes do exercício do poder de polícia (autuações, multas, embargos, etc.), há casos em que empreendimentos em estágio avançado de evolução são concluídos com amparo na denominada “teoria do fato consumado”.

Mas o que vem a ser o fato consumado?

O fato consumado é aquele que nasce do acontecimento do mundo da vida, o qual pretende o respectivo titular de uma pretensão o reconhecimento jurídico de uma situação já consolidada, com esteio na boa-fé objetiva.

Vale citar, aqui, a advertência do Ministro Herman Benjamin, no julgamento de Recurso Especial envolvendo restrições urbanístico-ambientais e o direito de construir, do qual foi relator:

O fato consumado, quando resultar de procedimento consciente, destinado a driblar a lei e os seus implementadores, é a própria negação do Direito. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou pretensão de ação inocente (Recurso Especial n.º 302906, Segunda Turma do STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26-8-2010).

¹⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 31.

A teoria do fato consumado contrapõe-se com o princípio da melhoria da qualidade ambiental, previsto no artigo 2º da Lei n.º 6.938/81, e, sobretudo, com o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, cláusula pétrea, cuja violação implica em manifesta inconstitucionalidade.

Entendimento diverso comprometeria as balizas democráticas do Estado de Direito, nomeadamente o princípio constitucional da igualdade ou da isonomia, correndo-se o sério risco de se cair em um autêntico “ambiente de papel”, isto é, sem vida, com o menoscabo de seus valores constitutivos, os quais são protegidos apenas formalmente, onde prevalece a omissão administrativa lesiva dos direitos fundamentais. Significa pretender colocar preço naquilo que tem dignidade, malferindo-se princípios e o imperativo categórico Kantiano¹⁵.

No “ambiente de papel”, campeia um estado de letargia administrativa, havendo um abismo entre a previsão formal e o cenário das ruas, sendo nítidas as relações de subintegração e sobreintegração. Aqueles (subintegrados) são os indivíduos que não têm acesso ao mínimo para uma vida digna, não sendo convidados para o “banquete”, ao passo que estes (sobreintegrados) constituem parcela da população que estaria “acima” do Direito, contando com o apoio da burocracia estatal¹⁶.

3. DO DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

A sociedade atual é tida como uma sociedade de riscos, decorrendo a possibilidade da produção de eventos imprevisíveis e incertos, cujos efeitos multiplicadores podem conduzir à afetação de bens vitais à sociedade organizada. Beck fala que os riscos são imprevisíveis e incontrolláveis, não estando na margem de escolha do indivíduo, provenientes da denominada modernização reflexiva¹⁷.

Com efeito, a modernização reflexiva implica em uma *autoconfrontação* com os efeitos negativos que a sociedade de risco produz na vida das pessoas. A teoria da reflexividade sustenta que “quando mais avança a modernização das sociedades modernas, mais ficam

¹⁵ Na lição de Kant, “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.” (Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*).

¹⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 250.

¹⁷ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 11 e ss.

dissolvidas, consumidas, modificadas e ameaçadas as bases da sociedade industrial. O contraste está no fato de que isso pode muito bem ocorrer sem reflexão, ultrapassando o conhecimento e a consciência”¹⁸.

Mister é estabelecer algumas premissas básicas atinentes ao arcabouço normativo frente às mudanças de paradigma estatal, ou seja, as transformações sofridas pelo Estado de Direito, e seus reflexos na tutela dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é de se destacar que o Estado Liberal, no momento histórico da Revolução Francesa, caracterizou-se pela proteção das denominadas “liberdades negativas”, ou seja, cumpria ao sistema jurídico assegurar a defesa do súdito em face do poder do Estado, na perspectiva de assegurar o livre desenvolvimento do ser humano.

Desse modo, nota essencial ao Estado Liberal de Direito foi a submissão ao império da lei, vista como ato formal proveniente do Poder Legislativo¹⁹.

A seu turno, no Estado Social de Direito (*Welfare State*), o individualismo e a neutralidade típicos do sistema liberal cedem lugar a um jaez social/material, em função dos variados movimentos sociais do século passado. Seu intento consiste na adequação do modo de produção capitalista ao bem-estar social geral (neoliberalismo). Revela-se, porém, uma concepção insuficiente e ambígua, haja vista a “propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial”²⁰.

Na visão proporcionada pelo Estado Democrático de Direito, em que o poder emana do povo (Poder Constituinte), uma norma (infraconstitucional) só é considerada válida se possui coerência e compatibilidade com a Lei Maior. Assim, pode uma norma vigorar num determinado local (plano da vigência), mas não ser reconhecida como válida.

O Estado Social e Democrático de Direito “pressupõe a preservação dos valores e princípios que, independentemente da época, permitem classificar um Estado como Estado de Direito”, o que implica no respeito à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Tal natureza de Estado volta-se não apenas para a manutenção da segurança jurídica, mas também

¹⁸ BECK, Ulrich; GUIDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 16 e ss. e p. 210 e ss.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 118.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 120.

com a “criação das condições materiais que permitam a cada um o livre desenvolvimento da sua personalidade e uma existência condigna”²¹.

O paradigma do Estado Constitucional de Direito, ou seja, o modelo garantista, registra Ferrajoli²², não vem a ser outra coisa senão a dupla sujeição do Direito ao Direito, afetando ambas as dimensões de todo fenômeno normativo, tal como a vigência e a validade, destacando que os direitos fundamentais constituem a base da moderna igualdade, formando “*la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no*”.

Por seu turno, os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas activas das *personas* enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *dereitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*”²³.

A lesão a um princípio assume maior gravidade, notadamente em face da teoria material da Constituição, prevalecendo aí o entendimento de que um “sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais”²⁴.

Como assevera Bobbio²⁵, a problemática dos direitos humanos não é tanto a da justificação, mas sim, a da sua efetiva proteção. E tal tarefa afigura-se mais difícil no âmbito dos direitos sociais (incluindo-se os econômicos, culturais e ambientais), haja vista que reclamam uma intervenção ativa do Estado.

Na doutrina portuguesa, Nabais refere que o escasso desenvolvimento teórico acerca da concepção de deveres fundamentais decorre uma visão excessivamente liberal, fruto da história do Estado de Direito. Destaca a sua autonomia como categoria jurídico-constitucional própria ou “a face oculta dos direitos fundamentais”, ante a necessidade de se compreender o

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 32.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001, pp. 22-4.

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 9.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 365.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 80-4.

indivíduo como ente “simultaneamente livre e responsável”, contrastando a “afirmação do individualismo possessivo, apresentado aliás como um dos *apports* da pos-modernidade”²⁶.

Tal perspectiva está vinculada a uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, merecendo destaque o dever jurídico de proteção dos cidadãos por parte do Estado, ao qual incumbe a adoção de medidas, inclusive penais, a fim de cumprir com sua função constitucional. Nessa linha, aduz Novais²⁷:

Da inserção comunitária dos direitos fundamentais decorre a obrigação de o Estado velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das actividades por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças provindas de outros particulares, mesmo quando estes fundamentam a sua actuação perturbadora ou agressiva na titularidade dos mesmos ou de outros direitos fundamentais.

Curial é sublinhar, na esteira de Habermas, que o Direito rege as relações jurídicas entre indivíduos que se reconhecem reciprocamente no mundo da vida. A função do Direito é a de assegurar as estruturas do agir comunicativo, sendo que o descumprimento da norma implica em deslealdade comunicativa, pela negação do reconhecimento intersubjetivo²⁸.

Mister é a distinção, pois, entre racionalidade comunicativa e racionalidade estratégica: Enquanto a razão estratégica está voltada para uma concepção instrumental do indivíduo, sob o jugo do interesse do Estado ou das “maiorias”, a razão comunicativa, partindo de uma ética do discurso, justifica-se pela busca do consenso entre os interlocutores para a produção do Direito.

Nesse prisma, a Constituição Federal, no artigo 225, estabelece o dever de proteção ambiental para as presentes e futuras gerações, acolhendo, por conseguinte, o princípio da solidariedade intergeracional. Aproximou-se o constituinte, nessa linha de entendimento, de

²⁶ NABAIS, José Casalta. “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 169. Sobre a teoria dos deveres fundamentais, ver NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998, definidos como “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”. (*Op. cit.*, p. 64)

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 86 e 95.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25 e ss.

uma concepção forte de sustentabilidade, na qual a mera eficiência econômica não é o fator preponderante na tomada da decisão jurídica ambiental.

A Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) prevê, em seu artigo 2º, que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Nessa linha de raciocínio, a ideia de proteção do ambiente (e da qualidade de vida dos cidadãos) significa que o Estado tem o dever: “(1) de combater os *perigos* (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente (direito à vida, à integridade física, à saúde); (2) de proteger os cidadãos (particulares) de agressões ao ambiente e à qualidade de vida perpetradas por outros cidadãos (particulares)”²⁹.

Por conseguinte, num Estado que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana “é a pessoa que é fim em si (...) o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar”³⁰.

4. UMA TEORIA DA DECISÃO AMBIENTAL

4.1 A Constituição Ambiental e a dimensão temporal como vetor hermenêutico

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008, p. 188.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.

A Constituição não é um mero pedaço de papel³¹. Ao revés, possui força normativa e vincula os Poderes Constituídos.

A interpretação constitucional configura um “*proceso tópico-sistemático*, de maneira que resulta imperativo, no exame do caso, alcançar solução de equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e respeitando a constituição em sua abertura dialógica e em seu caráter histórico não-linear”³².

Wróblewski³³ apresenta três tipos principais de funções da interpretação constitucional: a) orientação: consiste em oferecer uma informação acerca de quais comportamentos estão em consonância com as regras constitucionais, vinculando todos os órgãos do Estado e demais destinatários de uma Constituição; b) aplicação: surge na interpretação operativa da Constituição; c) controle: no caso de determinadas instituições cuja tarefa consista em controlar a observância da Constituição. Salienta, enfim, que a interpretação constitucional deve apresentar-se como uma decisão interpretativa apropriadamente justificada.

Como refere Cordeiro, na introdução à obra de Canaris sobre o pensamento sistemático e o conceito de sistema na Ciência do Direito, “Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depôr. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição”³⁴.

Daí que o princípio da proporcionalidade não pode ser visto apenas como proibição do excesso, porquanto apresenta dupla perspectiva, englobando em seu conceito o princípio da vedação da proteção insuficiente (ou “proibição de defeito”, na acepção de Hassemer³⁵), o qual significa que o Estado deve assegurar positivamente a defesa dos direitos humanos e fundamentais, sobretudo quando as ameaças são provenientes dos “poderes privados”.

³¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

³² Cf. FREITAS, Juarez. “A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta”. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 354.

³³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985, pp. 94-5.

³⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. CXI.

³⁵ HASSEMER, Winfried. “Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (ed.). Edição espanhola a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 95-104. O autor refere que a “admissão de um bem jurídico necessitado e merecedor de proteção é o fundamento do qual surge o dever de proteção: é o motor que impulsiona uma proibição de defeito e que pretende obrigar o legislador a atuar”. (*Op. cit.*, p. 103. Tradução livre)

Consoante o magistério de Canaris³⁶, é “preciso verificar *se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados*”, em virtude da aplicação do princípio da proibição de insuficiência, aplicável não apenas no controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas, também, “nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito”.

Vale colacionar o entendimento de Sarlet, referindo-se à tutela penal do Estado³⁷:

(...) o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

Aduz, ainda, o referido jurista que “o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de dignidade e equilíbrio”³⁸.

Já o princípio da proibição do retrocesso social, na lição de Canotilho³⁹, pode formular-se assim:

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança nacional”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura a simples desse núcleo essencial.

³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 123-4.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.º 47, 2004, p. 98.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 122.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 339-340.

Na sua feição ecológica, visa atribuir juridicidade à aquisição, pela comunidade, de um determinado patamar de proteção ambiental, de tal modo que se veda um tratamento deficitário em tal matéria, pois, em última análise, está em jogo a própria qualidade de vida dos cidadãos.

O Superior Tribunal de Justiça manteve decisão que determinou a demolição de um prédio de nove andares, na cidade de São Paulo, em área onde somente se admitem residências unifamiliares, valendo-se, dentre outros fundamentos, do princípio do retrocesso ambiental.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação trechos do voto do Ministro Herman Benjamin (Relator):

(...) Em linha de princípio – princípio inescapável –, o Estado só está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais na presença de *inequívoco interesse público*, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos, jamais para satisfazer interesses políticos de momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária.

Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. Essa regra geral, aplicável ao Direito Urbanístico (em sintonia com igual fenômeno no Direito Ambiental), é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades e submete-se ao *princípio da não-regressão* (ou, por outra terminologia, *princípio da proibição de retrocesso*), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual⁴⁰.

Consoante a lição de Krell⁴¹, acerca da aplicação do princípio da proibição do retrocesso:

A referida vedação jurídico-constitucional da pretendida diminuição da proteção do litoral encontra respaldo também no princípio da ‘proibição do retrocesso’, hoje progressivamente aceito entre os constitucionalistas nacionais e estrangeiros, que veta que o poder estatal tome medidas legais ou administrativas que diminuam o

⁴⁰ Recurso Especial n.º 302906, Segunda Turma do STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26-8-2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

⁴¹ KRELL, Andreas. “A falta de sustentabilidade jurídico-ambiental da ocupação do litoral brasileiro pela construção civil”. In DAIBERT, Arlindo. *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 281-3.

nível de proteção uma vez alcançado de um direito fundamental, seja ele de segunda ou terceira ‘geração’ (ou ‘dimensão’).

(...)

Negar a incidência da ‘proibição do retrocesso’ significaria, em última análise, admitir que o legislador municipal, a despeito de estar inquestionavelmente vinculado ao direito fundamental ao ambiente equilibrado e às normas constitucionais sobre o desenvolvimento urbano sustentável e a proteção do litoral, dispõe do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa das Constituições federal e estadual.

Assim, a supressão da limitação da altura dos prédios no litoral pode representar a revogação pura e simples de normas locais protetivas anteriores, pela qual o legislador municipal esvaziou o comando constitucional do art. 225, § 4º, CF “exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”.

Assumem relevo, por sua vez, os princípios da precaução e da prevenção em matéria ambiental. A precaução relaciona-se com os prováveis riscos decorrentes das incertezas científicas, ao passo que a prevenção decorre da probabilidade de riscos num terreno onde há estudos ou pesquisas que apontam nesse caminho. De qualquer modo, tais princípios apontam para um campo de probabilidades, exigindo uma ruptura epistemológica com o modelo liberal-individualista de comprovação do dano com realidade empírica.

O tempo da decisão ambiental inclina-se para processos deliberativos onde a lógica do risco e da probabilidade conduzem o julgador à (re)visitação da vetusta teoria do ônus da prova (artigo 333 do Código de Processo Civil), de tal modo a se admitir a inversão ou, ainda, a aplicação da teoria da carga dinâmica, competindo à parte em melhores condições desincumbir-se da comprovação factual. A distribuição da carga probatória tem de levar em conta o tempo a ser despendido para a recuperação de áreas ambientais degradadas.

Assim, a dimensão temporal atua como importante elemento hermenêutico, nomeadamente as consequências futuras decorrentes da tomada de decisão ambiental, por intermédio da concretização das normas jurídicas de tutela do meio ambiente.

4.2 A dimensão jurídico-política da decisão ambiental

A decisão ambiental traz em seu bojo a necessidade de uma (re)discussão do princípio da separação de poderes, no que tange à sindicabilidade do “mérito” administrativo e a exigibilidade das políticas públicas ambientais.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Recurso Especial n. 429.570-GO*, da 2ª Turma, Relatora Min. Eliana Calmon, de 11 de novembro de 2003⁴², decidiu que a liberdade decisória do Administrador, na atual quadra vivida, sofre limitações decorrentes da justiciabilidade do direito fundamental ao ambiente, como se depreende da ementa a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.

O conteúdo do artigo 225 da Constituição Federal demanda, em razão disso, uma construção hermenêutica que possibilite a máxima efetividade dos direitos de terceira dimensão ou geração voltados à tutela jurídica ambiental.

A seu turno, não há possibilidade de o intérprete da Constituição produzir normas “*livremente*, no exercício de *discricionariedade*”, porquanto “estará sempre vinculado pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam *princípios*, que interprete”⁴³.

Consoante a lição de Gadamer⁴⁴, a tarefa da interpretação é a de concretizar a lei, em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. O referido autor tece críticas à eventual arbitrariedade do juiz, ao destacar que

(...) A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas.

⁴² Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 209.

⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, pp. 432-3.

Cumprе ressaltar, ainda, que a decisão ambiental é policontextural⁴⁵, sendo que a existência de outras fontes, ainda que não oficiais, podem conduzir à formação do juízo decisório. A esse respeito, vale dizer que o Estado, em que pese ser a principal fonte de produção normativa e de tomada de decisão, na atual quadra histórica, coexiste com outras fontes no âmbito de um pluralismo jurídico.

4.3 A dimensão moral ou principiológica

A relação entre a moral e o Direito sofreu mutações no decorrer da história, desde a compreensão do ordenamento jurídico como integrante do conteúdo da moral até o processo de separação entre ambas as esferas (secularização do Direito).

Entende-se que há pontos importantes de conexão entre a moral e o Direito, pois a efetivação dos direitos humanos e fundamentais reclama uma leitura moral da Constituição⁴⁶, ou seja, a interpretação tomando-se como pauta axiológica a moralidade e a decência nos juízos decisórios.

O fundamento moral da Constituição, máxime no que tange à interpretação do direito ao ambiente sustentável, decorre de uma ética antropocêntrica alargada, onde adquire relevo uma dimensão ecológica do princípio da dignidade humana⁴⁷.

Há uma dimensão moral ou principiológica na decisão jurídica ambiental, de tal modo que é preciso que tomemos a sério os bens ambientais (Dworkin). Além da perspectiva

⁴⁵ No magistério de Leonel Severo Rocha e Délton Winter de Carvalho, a policontexturalidade vem a ser “a proposta de uma metáfora dotada de um valor heurístico para a observação de vários sistemas (Política, Economia, Direito) que atuam segundo racionalidades específicas, e, sobretudo, levam a produção de ressonância nos demais sistemas (economia, por exemplo) através da utilização de instrumentos jurídicos, num processo social co-evolutivo”. Rocha, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter. *Policontexturalidade e direito ambiental reflexivo*. Revista Sequência, n.º 53, p. 24, dez. 2006.

⁴⁶ Segue-se a doutrina de Ronald Dworkin, ao sustentar que “o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e que deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião”. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

⁴⁷ Cf. FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 35 e ss.

procedimental, isto é, a necessidade de assegurar condições de participação dos interlocutores da comunicação jurídica (juiz, partes, sociedade em geral), cumpre adentrar na substancialidade dos valores tutelados (garantia contramajoritária do Direito Ambiental).

4.4 A dimensão socioeconômica do processo de tomada de decisão ambiental

A dimensão socioeconômica da decisão ambiental tem como pano de fundo a redução das desigualdades, aliás, um dos objetivos fundamentais da República, estabelecendo, por exemplo, a obrigatoriedade de o Poder Público viabilizar a remoção de famílias situadas em áreas ambientais de risco, tais como topos de morro, reassentando-as em moradias em condições dignas, sob pena de responsabilização objetiva diante de eventual inércia na adoção de medidas preventivas.

Calha recordar a lição de Aristóteles⁴⁸, atualizada por Ruy Barbosa, no sentido de que a igualdade em sentido material significa tratar desigualmente os desiguais, *na medida em que se desigualem*.

O desenvolvimento deve ser visto como liberdade (Amartya Sen), ou seja, propugnar a ampliação das liberdades humanas por intermédio da eficácia dos direitos fundamentais sociais, de tal maneira que não há liberdade onde os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais situarem-se apenas na retórica dos discursos eleitorais.

Aliás, como decidiu o Pretório Excelso, a “atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente”⁴⁹.

Na doutrina, argumenta-se em torno da necessidade de o Poder Público tutelar o mínimo existencial ecológico, assegurando aos cidadãos acesso aos bens vitais para uma vida digna (saneamento ambiental, água potável, tratamento de esgoto, etc.). O mínimo existencial compõe o “núcleo duro” o núcleo essencial do direito fundamental, insuscetível, portanto, de ponderação por parte do intérprete, sob pena de violação ao princípio da dignidade humana⁵⁰.

⁴⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 2. Ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 152.

⁴⁹ Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

⁵⁰ Ensina Sarlet que “a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá

Daí a importância de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada, que corresponda “às modernas exigências ‘promocionais’ do direito, captando a lei constitucional na sua dimensão de *instrumento de direção social*”⁵¹.

Como lembra Streck⁵², é essencial a construção de uma teoria constitucional dirigente adequada aos países de modernidade tardia, a exemplo do Brasil, no qual o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) não existiu no mundo da vida das pessoas.

É curial, pois, a incidência da teoria da constituição dirigente, máxime no espaço sociopolítico brasileiro, na tomada de decisão em matéria ambiental, sob pena de vingar a argumentação neoliberal ancorada na tese do crescimento econômico a qualquer custo, em prejuízo das justas expectativas legítimas dos cidadãos em torno da preservação do meio ambiente.

Tal se revela pela concretização do paradigma da sustentabilidade no processo decisório, pautando-se por uma “*racionalidade dialógica, pluralista e democrática*”, contendo metas que supõem “políticas públicas qualificadas e propiciatórias à universalização do bem-estar físico e psíquico”⁵³.

4.5 Identidade cultural e meio ambiente

ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 457.

⁵¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 156. Não obstante o autor tenha revisto o entendimento em relação a ideia de Constituição dirigente, conforme anuncia em seu prefácio à 2ª edição da referida obra, vale referir que, ao ser indagado sobre a realidade brasileira, em simpósio realizado sobre o tema, pondera Canotilho no sentido de que “(...) quando alguns atacam o estado social e a ideia de socialidade do estado, a ideia de direitos econômicos, sociais e culturais, muitas vezes não sabem do que falam. Quando atacam estas premissas da socialidade em nome de maior eficácia, de maior eficiência, estão a pôr em causa uma outra luta, a luta contra essa outra violência que é a pobreza (...)”. *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Organizador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30.

⁵² Na lição de Streck, “Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, que também pode ser entendida como uma *teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos*, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas da modernidade incumpridas*, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2. ed rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 135.

⁵³ Cf. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 233.

Um dos valores básicos da pós-modernidade, lembra Erik Jayme⁵⁴, é o reconhecimento do pluralismo, da pluralidade de estilos de vida e a negação da universalização da maneira de ser, campo em que assume relevo a proteção da identidade cultural e do direito a ser diferente. Outra característica referida pelo autor é o retorno do Direito aos sentimentos e o valor destes no âmbito do Direito Comparado.

A dimensão cultural também deve ser tomada em conta no ato decisório, como se depreende das áreas ocupadas por reservas indígenas ou comunidades remanescentes de quilombolas. A preservação da identidade cultural irradia uma pretensão de reconhecimento da comunidade protegida.

Merece relevo, também, o meio ambiente cultural e o status constitucional do patrimônio histórico brasileiro (artigo 216 da Carta da República), configurando fator de identificação do povo e sua origem.

Tome-se, por exemplo, as decisões que determinam a remoção de estações de rádio-base situadas em áreas ambientais históricas e protegidas juridicamente por força de tombamento.

E as áreas não amparadas pela figura do tombamento, carecem de proteção?

Por óbvio que não, já que o tombamento é um ato administrativo de cunho declaratório, não afastando a possibilidade (e a necessidade) de decisões ambientais que resguardem o patrimônio histórico-cultural independentemente de pronunciamento por parte do ente público.

4.6 A dimensão integrativa da decisão ambiental: da representação política à democracia participativa e transgeracional

A dimensão integrativa aponta para a (necessária) rediscussão do modelo democrático representativo, com reflexos na tomada de decisão ambiental, seja na esfera administrativa ou no horizonte do processo judicial.

⁵⁴ JAYME, Erik. “Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir – UFRGS*. 2. Ed. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2004, pp. 120-1.

Com efeito, assinala Bobbio⁵⁵ que a democracia dos modernos é o Estado na luta contra o abuso do poder que parte do alto em nome do poder que em de baixo e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído. Pontua, ainda, que o defeito da democracia representativa, no cotejo com a democracia direta, consiste na “tendência à formação destas pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos”.

A participação comunitária reflete a teoria de Häberle, para o qual “A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato”⁵⁶. Noutras palavras, a interpretação da Constituição não é tarefa exclusiva dos juízes ou dos demais juristas, mas sim, da comunidade, ou seja, dos personagens que serão diretamente afetados pela construção do sentido da norma jurídica. Máxime da seara ambiental, onde a complexidade dos temas tratados e a interdisciplinaridade são inerentes à decisão jurídica, a qual não pode ser tomada pelo juiz solipsista, mas sim, num contexto mais amplo. A hermenêutica ambiental deve ser participativa e dialógica, interagindo com os atores sociais para a busca da boa resposta ou da resposta correta, isto é, adequada à Constituição e aos seus princípios.

Daí que a participação pode ser efetivada por intermédio de audiências públicas, a exemplo das discussões envolvendo a revisão dos planos diretores municipais, dos estudos de impacto ambiental, no âmbito do licenciamento ambiental. Na esfera judicial, pode o juiz, por exemplo, dentro do sistema de tutela coletiva, valendo-se do diálogo normativo entre os artigos 1º, inciso II e parágrafo único (princípio da cidadania e da soberania popular) e 225 da Constituição Federal (direito fundamental ao ambiente), além do artigo 9º, § 1º, da Lei n.º 9868/99, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, e do artigo 6º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), determinar a realização de uma audiência pública para escutar a população diretamente atingida em virtude da construção de um empreendimento de grande porte e de significativo impacto ambiental.

O espaço público é um dos conceitos da teoria do Estado que traz em seu bojo um campo hermenêutico privilegiado do exercício das liberdades e da cidadania ambiental, de

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 73.

⁵⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 40.

modo a superar os vícios decorrentes da representação política, a qual está em crise⁵⁷. Vale referir que a Constituição prevê formas de participação no processo de tomada de decisão, como se depreende do plebiscito, do referendo e a iniciativa popular (artigo 14).

Significa dizer que há um direito fundamental à boa administração pública, isto é, um “direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.⁵⁸ Logo, não há discricionariedade imune a controle, de modo que se afigura vinculada aos direitos fundamentais e aos princípios, sendo de grande valia as demandas que a sociedade aporta aos órgãos de fiscalização, a exemplo do Ministério Público, contribuindo para a consolidação democrática e forjando as bases para boas decisões no cenário jurídico-ambiental.

É de suma importância, pois, o contributo da democracia ambiental sustentada⁵⁹ na construção do sentido do Direito Ambiental, aproximando-se do ideal de uma democracia participativa direta e transgeracional.

4.5 A necessidade de respostas ambientalmente adequadas à Constituição

O direito fundamental ao ambiente insere-se na categoria de “trunfo”, tal como no jogo de cartas, impondo a observância por parte dos demais participantes, cuja ideia inspiradora remonta às lições de Dworkin⁶⁰, voltada aos direitos fundamentais individuais. Por outro lado, tal concepção possui maior abrangência, haja vista a evolução da teoria dos direitos fundamentais, consideradas as suas múltiplas dimensões ou gerações, deitando raízes, inclusive, nos direitos fundamentais sociais e coletivos *lato sensu*.

⁵⁷ Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 278.

⁵⁸ Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 123.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada”. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. José Rubens Morato Leite *et all* (Org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, pp. 31-2.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Introdução, XV.

Assim, os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, de tal modo que devem ser respeitados pelos atores sociais, em homenagem ao princípio do Estado de Direito. Vale trazer a lume o magistério de Novais⁶¹:

(...) Qualquer direito fundamental cede, e deve ceder, quando nas circunstâncias do caso concreto há um outro valor, bem ou princípio que apresenta maior peso que o interesse jusfundamental. **Cabe, então, à jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos direitos fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno de protecção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental ou quando, pelo contrário, a invocação de uma razão de interesse público apenas esconde o desígnio de imposição da mundivivência particular dos detentores conjunturais do poder em atropelo ao sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a decisão da maioria**”. (grifo nosso)

A título de ilustração, nas hipóteses em que a Constituição prevê a exigência de prévio estudo de impacto ambiental, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de *significativa* degradação do meio ambiente (artigo 225, § 1º, inciso IV), o ônus da demonstração da compatibilidade constitucional recai sobre o empreendedor, sendo que, em caso de eventual dúvida, milita presunção em favor do ambiente, ou seja, o princípio *in dubio pro ambiente*, diante da natureza jurídica do direito posto em causa.

A resposta ambientalmente adequada precisa estar amparada em uma hermenêutica filosófica integrativa, buscando, na intersubjetividade, a participação dos atores sociais e a comunhão em torno dos valores constitucionais para a construção do Estado de Direito Ambiental. Destacam-se, nessa senda, a tradição, a coerência e a integridade das decisões, nomeadamente na cena judicial.

A tradição está relacionada com a consciência histórico-efetual, provocando um constrangimento epistemológico no órgão decisório, de tal modo a refletir sobre a temporalidade e a existência de precedentes acerca da matéria debatida nos autos.

A coerência, por seu turno, é um elemento hermenêutico essencial, responsável pela observância do sistema jurídico-constitucional, assegurando decisões pautadas por uma conexão entre a decisão e o Direito, contribuindo para evitar subjetivismos do intérprete.

61 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 58-9.

Já a integridade reporta-se aos princípios da justiça e equanimidade que devem ser observados, em especial, pelo juiz.

Nessa linha de entendimento, Dworkin⁶² afirma que “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pedem-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”.

Apoiando-se na fenomenologia hermenêutica, Streck ensina que “o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição”⁶³.

As decisões jurídicas ambientais são, por conseguinte, pluridimensionais, devendo estar amparadas em consistente fundamentação racional, tomando-se em conta os aportes da fenomenologia hermenêutica e os vetores expostos anteriormente, numa resistência em face das maiorias conjunturais, forjadas, não raras vezes, ao talante de interesses financeiros ou eleitorais.

CONCLUSÃO

Decidir os conflitos que envolvem bens ambientais não se afigura tarefa fácil, haja vista a complexidade e a interdisciplinaridade das demandas, impulsionando a uma compreensão hermenêutica que transcenda os limites de si mesmo.

Com efeito, os problemas ambientais decorrentes do mundo reflexivo ou pós-moderno animam a compreensão do Direito, a partir do contributo da fenomenologia hermenêutica.

Nessa senda, a compreensão dos fundamentos da ofensa aos bens ambientais, bem como o “estado da arte” ecológico, é condição de possibilidade para a assimilação da crise que permeia a relação do ser humano com a natureza na atual quadra vivida.

⁶² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 306.

O estudo das dimensões da decisão ambiental convida à reflexão dos limites e das possibilidades emancipatórias do órgão decisório, nomeadamente o juiz, a fim de concretizar o sentido transformador da Constituição.

A esse respeito, é preciso dizer que a Constituição tem de ser vista como uma realidade viva e dinâmica, a palmilhar na caminhada uma intensa busca da efetivação dos direitos humanos e fundamentais, em especial os direitos económicos, sociais, culturais e ambientais.

O conteúdo da decisão ambiental reflete, pois, a pré-compreensão do Direito e da Constituição por parte do intérprete, não lhe sendo dado incursionar livremente e sem qualquer vinculação a uma hermenêutica jurídica que integre o texto à realidade da vida, construindo um sentido constitucional adequado ou legítimo.

A superação dos pré-juízos inautênticos ou ilegítimos nas lides ambientais, estampados na máxima do crescimento económico a qualquer custo, é condição para a autonomia do Direito Ambiental e para a efetividade de suas normas.

Vale destacar a sua função promocional ou precursora de valores, de modo que se apresenta frágil o argumento calcado no costume ou na adequação social da conduta para se promover a derrogação de normas protetivas, sob pena de se tolerar, paralelamente, as queimadas, o corte de árvores nativas, a utilização indiscriminada de agrotóxicos, dentre outras práticas de degradam o ambiente e as áreas protegidas, comprometendo, dessa maneira, a própria qualidade de vida das pessoas.

Daí se extrai que a dignidade da pessoa humana como valor fonte reclama a autonomia do Direito Ambiental, a fim de resgatar a aproximação do ser humano com a natureza, num processo de sensibilidade ecológica e intensa participação comunitária.

Por conseguinte, há um direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada, do ponto de vista da hermenêutica, o qual se apresenta como elemento essencial e inerente ao Estado Democrático de Direito (e ao Estado Ambiental), concepção que se ajusta ao dever fundamental de proteção ambiental, amparado na tradição, na coerência e na integridade ecológica do conteúdo que emana do ato decisório.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 2. Ed. Bauru: Edipro, 2007.

BECK, Ulrich. *Risk Society. Towards a New Modernity*. Trad. Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992.

_____; GUIDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Anselmo. “O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n.º 10, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BUCHANAN, James M. *The demand and supply of public goods*. Rand McNally Economics Series, 1968.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008.

_____. “Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português”. In: *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (Organizadores). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. “Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada”. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. José Rubens Morato Leite et al (Org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

Canotilho e a Constituição dirigente. 2. ed. Organizador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, Augusto Silva. “What if everybody did it? Sobre a capacidade de ressonância da figura da acumulação no Direito Penal”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, n.º 13.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing (the moral limites of the criminal law)*, v. IV, 1988.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. v. 1. 4. ed. Lisboa, 1974.

FREITAS, Juarez. “A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta”. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 132.

HASSEMER, Winfried. “Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (ed.). Edição espanhola a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. *Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Disponível em <http://www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JAYME, Erik. “Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir – UFRGS*. 2. Ed. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2004.

KRELL, Andreas. “A falta de sustentabilidade jurídico-ambiental da ocupação do litoral brasileiro pela construção civil”. In DAIBERT, Arlindo. *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter. *Policontextualidade e direito ambiental reflexivo*. Revista Sequência, n.º 53, p. 24, dez. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.º 47, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SGUBBI, Filippo. “L’Interesse diffuso come oggetto della tutela penale (considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumatore)”, *In: La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, pp. 547-94.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2. ed rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

“The Free Rider Problem”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.