

O direito fundamental ao ambiente como direito a prestações em sentido amplo¹

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO

Professor da Escola do Ministério Público do Rio Grande do Sul,
Mestre em Direito pela UFRGS e Procurador de Justiça do
Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Sumário: Introdução 1. O direito ao ambiente como direito fundamental; 2. O direito fundamental ao ambiente como direito a algo; 3. O direito ao ambiente como direito a prestações em sentido amplo; 3.1. O direito à proteção do ambiente; 3.2. O direito à organização e ao procedimento; 3.3. O direito a prestações em sentido estrito
Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O que se pretende aqui é demonstrar a correção de quatro enunciados.

Em primeiro lugar, deverá ficar provado que o direito ao ambiente é direito fundamental positivado na Constituição de 1988. Para a correção disso será necessário demonstrar que as normas da disposição do art. 225 da Constituição vinculam juridicamente à atuação do legislador, do executivo e do judiciário, constituindo posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, conforme o direito ao ambiente tenha o caráter de regra ou de princípio.

Em segundo lugar, deverá ser racionalmente justificado que o direito ao ambiente deve ser compreendido a partir do conceito de direito fundamental como um todo, isso significando que o direito fundamental ao ambiente é constituído por um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, reunidas por uma disposição de direito fundamental – no caso, a do art. 225 da Constituição.

¹ Texto base da palestra *O direito fundamental ao ambiente como direito a prestações em sentido amplo*, XXI Semana do Ministério Público do Rio Grande do Sul, realizada em 7 e 8 de junho de 2005, na Universidade de Santa Cruz do Sul, em Santa Cruz do Sul. Para melhor justificação, ver GAVIAO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Em terceiro lugar, deverá ser demonstrado que o direito ao ambiente, considerada a teoria analítica da tríplice divisão das posições jurídicas, é um direito a algo, daí resultando que pode ser configurado como um direito a prestações em sentido amplo, dividindo-se em direito à proteção, direito à organização e ao procedimento e direito a prestações em sentido estrito.

Em quarto lugar, deverá restar demonstrado que o reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas a prestações em sentido estrito se resolve como uma questão de ponderação de princípios.

1. O DIREITO AO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A primeira advertência é que será utilizado aqui o termo “ambiente”, desprezando-se o precedente “meio”, normalmente empregado nas legislações constitucional e infraconstitucional brasileira. Isso porque os termos “meio” e “ambiente”, em português, bem como em espanhol, são redundantes. A palavra “ambiente” corresponde à expressão inglesa “*environment*” e à francesa “*environnement*”, cuja tradução para o castelhano é “*entorno*”.² Assim, não há justificativa racional para sustentar a necessidade de que “ambiente” seja precedido do termo “meio”. Se a expressão “meio ambiente” contém termos que são redundantes, e se o termo “ambiente” é suficiente para o significado que se deseja alcançar, então, o precedente “meio” deve ser desprezado.³

O marco institucional para o reconhecimento do *direito ao ambiente* foi a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, que, entre outros, assentou o princípio de que “o homem tem direito fundamental a liberdade, a igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.⁴

A Constituição brasileira produziu a constitucionalização do ambiente por intermédio de uma normalização que não se distanciou muito dos modelos constitucionais de outros Estados (Constituição da Bulgária de 1971; Constituição do Panamá de 1972; Constituição da Hungria de 1972; Constituição da Grécia de 1975; Constituição de Portugal de 1976; Constituição da Espanha de 1978).⁵ Ao tratar “dos direitos e garantias fundamentais” e

² Cf. ZSÖGÖN, Sílvia Jaquenod. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Dykinson, 1991, p. 37.

³ Esse mesmo critério foi adotado em GAVIAO FILHO, *Direito fundamental ao ambiente...*, p. 13.

⁴ Princípio 1 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972.

⁵ A normalização dada ao ambiente pela Constituição brasileira parece ter recebido forte influência do conteúdo do Relatório de Brundtland, que foi o resultado das conclusões da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas de 1983.

dos “direitos e deveres coletivos”, a Constituição, em seu art. 5º, LXXIII, estabeleceu que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular destinada a anular ato lesivo ao ambiente. Por seu turno, a norma do art. 129, III, da Constituição, dispõe que é função institucional do Ministério Público promover ação civil pública para a proteção do ambiente. Contudo, o núcleo essencial da normalização constitucional do ambiente está no art. 225 da Constituição Federal, segundo o qual todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem que é 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. É a partir daí que o reconhecimento do direito ao ambiente como direito fundamental encontra uma justificação racionalmente rastreável.

A caracterização do direito ao ambiente como direito fundamental pode ser racionalmente justificada se for considerado que: *i*) as normas que se referem ao ambiente, longe de serem meramente “normas programáticas”, vinculam juridicamente a atuação das funções legislativa, executiva e jurisdicional, especificamente porque são normas do tipo *ia*) vinculante, constitutiva de direito subjetivo definitivo; *ib*) vinculante, constitutiva de direito subjetivo *prima facie*; *ic*) vinculante, constitutiva de dever objetivo do Estado definitivo; *id*) vinculante, constitutiva de dever objetivo do Estado *prima facie*; *ii*) o direito ao ambiente é direito formal e materialmente fundamental.⁶ O significado disso é que resulta sem sentido afirmar-se que o direito fundamental ao ambiente não existe ou que as normas que se referem ao direito do ambiente são normas programáticas informativas da atividade do legislador e sem qualquer possibilidade de configurarem alguma posição fundamental jurídica definitiva passível de exigência perante a atividade jurisdicional. Igualmente, não há justificação racional para sustentar-se que o direito ao ambiente, previsto no art. 225 da Constituição, não é fundamental porque está fora do catálogo dos direitos fundamentais. Além disso, pode-se acrescentar que o próprio art. 5º, § 2º, da Constituição, deixa materialmente aberto o catálogo de direitos fundamentais.⁷

A partir da norma do art. 225 da Constituição brasileira, que impõe incumbências para o Estado e para a coletividade, Leite reconhece o direito ao ambiente como um “direito fundamental do homem”.⁸ Nessa linha, o direito ao ambiente deve ser entendido e reconhecido como um direito fun-

⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 484.

⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 85. Segundo Marum, mesmo fora do título dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado integra o “rol constitucional dos direitos fundamentais” [Cf. MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 28, p. 117-138, out./dez. 2002, p. 136].

⁸ Cf. LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

damental que não se deixa reduzir a um mero bem-estar físico,⁹ ampliando-se o objeto de sua consideração jurídica para alcançar não somente os danos e as contaminações ao ambiente, mas também a qualidade de vida.¹⁰ Nesse ponto, deve-se observar que a integridade ambiental se constitui em bem jurídico autônomo que é o resultante da combinação de elementos do ambiente natural e da sua relação com a vida humana. Por isso mesmo, pode-se afirmar que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um “direito fundamental da pessoa humana”.¹¹ Aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o direito ao ambiente como sendo um verdadeiro direito fundamental, considera o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” como um “direito de terceira geração” de “titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado na sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social”.¹²

2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE COMO DIREITO A ALGO

O primeiro passo para a compreensão do significado jurídico do reconhecimento do direito ao ambiente como um direito fundamental é o con-

⁹ Cf. CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Comares, 1994, p. 237. Considerando o ambiente como “todo o conjunto de condições externas que conformam a vida humana”, Luño observa que essa noção apresenta um componente “estático”, integrado pelos recursos naturais, e um componente “dinâmico”, decorrente das conexões de todos esses elementos com a vida humana. Nas palavras do Tribunal Constitucional espanhol, o ambiente “é o conjunto de circunstâncias físicas, culturais, econômicas e sociais que rodeiam as pessoas oferecendo-lhes um conjunto de possibilidades para fazerem suas vidas” [Cf. LUÑO, *Derechos humanos...*, p. 469]. É exatamente essa a concepção do ambiente que se apreende do art. 2º e do art. 3º da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional brasileira para o ambiente. O primeiro preceito deixa bem definido o objetivo para com a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando ao desenvolvimento sócioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Por seu turno, o art. 3º, I, da Lei 6.938/81, concebe o ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

¹⁰ CAPELLA, op. cit., p. 238.

¹¹ Cf. AFONSO DA SILVA, José. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 27, p. 51-57, jul./set. 2002, p. 53. Nesse mesmo sentido, reconhecendo o direito ao ambiente como um direito fundamental, estão as opiniões de Musetti [Cf. MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Uma reflexão sobre a “ecologia humana” a partir do direito ambiental como um direito fundamental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 28, p. 250-251, 2002.]; Marum [Cf. MARUM, Meio ambiente e direitos humanos..., p. 136] e Steigleder [Cf. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 107]. Reconhecendo que o núcleo do direito ao ambiente está na “integridade do entorno em conexão com o homem”, Sampaio remete a justificação do direito ao ambiente como direito fundamental à noção de dignidade da pessoa humana [Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris e NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 94-95].

¹² Cf. STF. Man. Seg. 22164/SP. DJU 17 nov. 1995, p. 39.206.

ceito de direito fundamental como um todo, segundo o qual os direitos fundamentais são constituídos por um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, reunidas por uma disposição de direito fundamental.¹³ O direito fundamental ao ambiente, apresentado como direito fundamental social ou colocado na sua vizinhança,¹⁴ como direito a prestações, configura-se a partir de um conjunto de posições jurídicas que apontam, por um lado, para a direção das prestações fácticas e, por outro lado, para a direção das prestações normativas. Assim, quem se propõe investigar a estrutura de um direito fundamental ao ambiente ou sua associação interpretativa a disposições de direitos fundamentais existentes no catálogo dos direitos fundamentais poderá encontrar um conjunto de posições fundamentais jurídicas como, por exemplo: *i*) um direito a que o Estado omita determinadas intervenções no ambiente, hipótese que configuraria um direito de defesa; *ii*) um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra a intervenção de terceiros, lesiva ao ambiente, hipótese de configuração de um direito à proteção; *iii*) um direito a que o Estado permita ao titular do direito a participação em procedimentos relevantes para o ambiente, hipótese de configuração de um direito ao procedimento; *iv*) um direito a que o próprio Estado realize medidas fácticas para a proteção do ambiente.¹⁵

As normas da disposição do direito fundamental do art. 225 da Constituição configuram o direito ao ambiente como um direito fundamental como um todo. A norma segundo a qual “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” configura um complexo de posições jurídicas em relação ao Estado e ao indivíduo. Igualmente, as normas que impõem ao Estado uma série de ações específicas como “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”, “promover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”, “proteger a fauna e a flora” (art. 225, § 1º, da Constituição).¹⁶

A partir da compreensão do direito fundamental ao ambiente como todo, pode ser afirmado que a estrutura normativa do direito ao ambiente se deixa decompor analiticamente, primeiro, como um direito a algo¹⁷ e, segundo, em decorrência disso, como um direito a prestações em sentido

¹³ Cf. ALEXY, *Teoria de los derechos...*, p. 244.

¹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 428.

¹⁵ Cf. *Ibidem*, p. 429.

¹⁶ Cf. GAVIÃO FILHO, *Direito fundamental ao ambiente...* p. 47.

¹⁷ Essa concepção tem origem na tríplice divisão das posições jurídicas em direito algo, liberdade e competência [Cf. ALEXY, *Teoria de los derechos...*, p. 186].

amplo. Nesse sentido, o direito fundamental ao ambiente tem como objeto tanto ações negativas como ações positivas.

O direito ao ambiente tem como objeto ações negativas no sentido de que o Estado: *i*) não crie obstáculos ou impeça determinadas ações do titular do direito, *ii*) não afete determinadas situações do titular do direito e *iii*) não elimine determinadas posições do titular do direito. Na primeira hipótese, tem-se a realização do direito ao ambiente pela omissão do Estado do exercício daquelas atividades lesivas ao ambiente. Em razão disso, por exemplo, o Estado deve omitir-se da prática direta de qualquer ato concreto lesivo que impeça o desfrute do ambiente ecologicamente equilibrado. Na segunda hipótese, o direito ao ambiente se realiza com a ação negativa do Estado no sentido de não afetar uma situação jurídica titulada por todos que têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Por isso, o que é devido pelo Estado é a omissão de afetar a qualidade de vida das pessoas de uma determinada comunidade como, por exemplo, não autorizar a instalação de um parque industrial em uma determinada área de preservação ambiental. Na terceira hipótese, o direito ao ambiente se realiza com a omissão da eliminação de determinadas posições fundamentais jurídicas do titular do direito fundamental.¹⁸

Por outro lado, como direito a algo, o direito fundamental ao ambiente tem como objeto ações positivas que se deixam apresentar como ações fáticas e ações normativas. Na primeira hipótese, o direito fundamental ao ambiente se realiza com a prestação material de um fato. Aqui, independentemente da existência de normas jurídicas que fundamentam a sua prática, o que releva é a satisfação do direito ao ambiente pela própria prestação material. Se para a recuperação de uma determinada área, o direito fundamental ao ambiente exige que sejam praticadas as ações materiais *a*, *b* e *c*, então a satisfação desse direito se dará com o cumprimento das prestações *a*, *b* e *c*. Na segunda hipótese, o direito fundamental ao ambiente se realiza na medida em que são concebidas normas jurídicas com o objetivo de assegurar a todos um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

3. O DIREITO AO AMBIENTE COMO DIREITO A PRESTAÇÕES EM SENTIDO AMPLO

A concepção do direito fundamental ao ambiente como um direito a algo tem como consequência o reconhecimento de que o direito ao ambiente é um direito a prestações, que devem ser tomadas em sentido amplo.

O que deve ser compreendido é que todo direito a algo é um direito a um ato positivo, isto é, todo o direito a uma ação do Estado é um direito a

¹⁸ Cf. GAVIÃO FILHO, *Direito fundamental ao ambiente...*, p. 49.

prestações. Desse modo, o direito a prestações é a contrapartida exata do direito de defesa, pois este é um direito a uma ação negativa do Estado, isto é, um direito a uma omissão por parte do Estado. Em razão disso, a escala de ações positivas do Estado que podem ser objeto de um direito a prestações vai desde a proteção do indivíduo frente aos outros indivíduos por meio de normas de Direito penal, passando pela edição de normas de organização e de procedimento, até as prestações em dinheiro e outros bens.¹⁹ Essa configuração permite compreender que os direitos a prestações não se resumem aos direitos a prestações fácticas, as quais são apenas um tipo de direito à prestação. A proposição é que as prestações dos direitos a prestações sejam compreendidas em um sentido amplo. Assim, os direitos a prestações em sentido amplo podem ser divididos em três grupos: *i*) direitos à proteção; *ii*) direitos à organização e ao procedimento; e *iii*) direitos a prestações em sentido estrito.²⁰

Nessa medida, porque as prestações devem ser consideradas em sentido amplo, o direito ao ambiente é um direito a prestação em sentido amplo. Desse modo, o direito fundamental ao ambiente configura direito à proteção, direito à organização e ao procedimento e direito à prestação em sentido estrito, resultando um direito a que o Estado proteja todos que têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado contra a intervenção de terceiros que for lesiva ao ambiente (direito à proteção); um direito a que o Estado permita a todos que têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado a participação em procedimentos relevantes para o ambiente (direito à organização e ao procedimento); um direito de todos que têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado a que o próprio Estado realize medidas fácticas para a proteção do ambiente.²¹

Essa configuração permite justificar o enunciado de que o direito fundamental ao ambiente é constituído por um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* – conforme a norma do direito fundamental ao ambiente assuma o caráter de princípio ou de regra – a prestações (fácticas e normativas) que se desdobram em proteção, organização e procedimento e prestações em sentido estrito.

3.1. O direito à proteção do ambiente

O direito à proteção do ambiente pode ser configurado como o direito do qual são titulares todos aqueles que têm direito ao ambiente são e ecologicamente equilibrado a que o Estado realize ações fácticas e/ou normativas para impedir que terceiros causem lesão ao ambiente. O direito

¹⁹ Cf. ALEXY, *Teoria de los derechos...*, p. 427.

²⁰ Cf. *Ibidem*, p. 430.

²¹ Cf. GAVIÃO FILHO, *Direito fundamental ao ambiente...*, p. 52.

fundamental ao ambiente configura posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* a que o Estado atue positivamente, seja no sentido de dar a normalização que se fizer necessária para a proteção do ambiente, seja executando ações materiais para a proteção do ambiente contra aqueles comportamentos de terceiros lesivos ao ambiente.

O direito à proteção do ambiente realiza-se quando o Estado, por intermédio de normas de Direito penal, proíbe certas condutas e restringe comportamentos. Valendo-se da tipificação de condutas como crimes ambientais e das correspondentes sanções penais, o Estado comunica a todos que não são toleradas as frustrações das expectativas normativas, isso significando que todos devem continuar confiando na vigência das normas penais como modelos de contato social e de proteção do ambiente. Outro modo de realização do direito fundamental ao ambiente se dá por intermédio do Direito administrativo sancionador, pois as sanções administrativas atuam no sentido de impedir a prática de comportamentos de terceiros lesivos ao ambiente. Do mesmo modo, configura manifestação do direito fundamental ao ambiente a redefinição do conteúdo dogmático da propriedade na medida em que se lhe atribuiu função ambiental. Isso não significa apenas limitação ao exercício do direito de propriedade, mas a imposição de comportamentos positivos e negativos no sentido da proteção do ambiente.²²

O direito à proteção do ambiente consiste na proteção do ambiente contra as intervenções que lhe sejam lesivas, realizando-se por intermédio de ações positivas do Estado que delimitam a esfera jurídica de atuação de terceiros. Com sanções penais e administrativas imputáveis a pessoas físicas e jurídicas, o Estado proíbe comportamentos contrários ao ambiente são e ecologicamente equilibrado. Do mesmo modo, a função ambiental da propriedade proíbe aquelas condutas e atividades contrárias ao ambiente que podem resultar do exercício do direito de propriedade. Por isso, o direito de propriedade deve ser exercido de modo a atender a sua função ambiental. O objetivo da normalização penal ambiental, administrativa ambiental e da função ambiental da propriedade dada pelo Estado é proteger o ambiente. O decisivo nisso é que as decisões de concretização dessas normalizações são questões que dizem respeito à realização do direito fundamental ao ambiente, aqui entendido como um feixe de posições fundamentais jurídicas dispostas em sistema de posições jurídicas. Qualquer decisão administrativa ou judicial envolvendo matéria relativa ao Direito penal ambiental, ao Direito administrativo sancionador ou à função ambiental da propriedade deve ser orientada pelo feixe de posições jurídicas fundamentais que está associado ao direito fundamental ao ambiente.

²² Cf. GAVIÃO FILHO, *O direito fundamental ao ambiente*..., p. 53.

3.2. O direito à organização e ao procedimento

O direito fundamental ao ambiente configura posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* no sentido de que o Estado atue positivamente, seja para criar *organizações* em sentido estrito, seja estabelecendo *procedimentos* administrativos e judiciais.

O direito à organização em sentido estrito e o direito ao procedimento em sentido estrito integram o conjunto de posições jurídicas fundamentais do direito fundamental ao ambiente. Sob a perspectiva do direito à organização em sentido estrito, todos os titulares do direito fundamental detêm posições fundamentais jurídicas a que o Estado crie estruturas de organização para a atuação estatal em favor à realização do direito fundamental ao ambiente.²³ As posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* a procedimentos em sentido estrito têm por objeto a atuação positiva do Estado não apenas para a criação de procedimentos administrativos e judiciais, mas também para que o resultado dos procedimentos seja conforme o direito fundamental ao ambiente. Os procedimentos administrativos de estudo de impacto ambiental e de licenciamento ambiental servem para justificar racionalmente como ocorre a interação entre o direito fundamental ao ambiente e o procedimento em sentido estrito. O decisivo disso é que esse dois procedimentos configuram posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* do direito fundamental ao ambiente. O mesmo pode ser afirmado em relação ao procedimento judicial da ação civil pública e da ação popular, além de outros, como os procedimentos da ação de mandado de segurança, da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação de inconstitucionalidade por omissão. O direito ao procedimento judicial da ação civil pública e ao procedimento judicial da ação popular integra o feixe de posições jurídicas definitivas e *prima facie* do conjunto de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental ao ambiente.²⁴

O importante é que se a organização em sentido estrito e os procedimentos administrativos e judiciais integram o feixe das posições fundamentais jurídicas do direito fundamental ao ambiente, a atuação da organização estatal ambiental, o ato administrativo produzido ao final do procedimento e a decisão judicial que resultar da ação civil pública, da ação popular ou de qualquer outro procedimento judicial constituirão sempre uma questão de direito fundamental.

3.3. O direito a prestações em sentido estrito

O direito fundamental ao ambiente configura posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* a fim de que o Estado atue positivamente

²³ Cf. GAVIÃO FILHO, *Direito fundamental ao ambiente...*, p. 75.

²⁴ Cf. *Ibidem*, p. 146-147.

no sentido de realizar ações fácticas, isso caracterizando direito a prestações em sentido estrito. Todos os titulares do direito fundamental ao ambiente podem exigir do Estado algo correspondente a prestações fácticas ou materiais. A mais importante indagação sobre as prestações em sentido estrito é se a disposição que consubstancia a norma do direito fundamental ao ambiente pode configurar posição fundamental jurídica passível de exigibilidade judicial. Em outras palavras, o que deve ser investigado é se da norma do art. 225 da Constituição podem ser retiradas posições fundamentais jurídicas definitivas no sentido de que o Estado realize ações fácticas ou materiais.

As principais objeções ao reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* a prestações em sentido estrito podem ser reunidas nos seguintes termos. Argumenta-se que somente os direitos fundamentais de liberdade podem configurar pretensões jurídicas concretas, disso resultando que a norma do direito fundamental ao ambiente deve ser entendida como mandamento constitucional dirigido ao legislador e à administração.²⁵ Sustenta-se, também, que o direito fundamental ao ambiente é um fim do Estado, sobretudo porque os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito são determinações de objetivos estatais que reduzem o espaço de conformação do legislador ordinário. Por isso mesmo, somente após a atuação do legislador é que se poderia pensar em alguma posição fundamental jurídica definitiva a uma prestação em sentido estrito como decorrência do direito fundamental ao ambiente.²⁶ Outra objeção importante à realização do direito fundamental ao ambiente tem fundamento no princípio da disponibilidade orçamentária e está fundamentada no problema do custo dos direitos. A partir dessa perspectiva, argumenta-se que deve ser negada a configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas a prestações em sentido estrito com base na inexistência de recursos financeiros necessários à execução das ações materiais requeridas. Apresenta-se, ainda, a objeção de que as normas do direito fundamental ao ambiente não podem configurar posições fundamentais jurídicas a prestações em sentido estrito porque não contêm elementos normativos suficientes à especificação prévia dos comportamentos e das ações materiais que devem ser realizadas. Assim, o direito fundamental ao ambiente não pode ser realizado porque não há na sua normalização constitucional e infraconstitucional a determinação da conduta devida pelo Estado.²⁷ Finalmente, argumenta-se que a configuração de uma posição fundamental jurídica a uma prestação

²⁵ Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción Juan Luis Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 81.

²⁶ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 170, número de margem 208.

²⁷ Cf. STJ. Resp. 43.512/SP. j. 02/05/94. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2003.

em sentido estrito do direito fundamental ao ambiente implicaria violação ao princípio da divisão dos poderes.²⁸

No mesmo sentido dessas objeções, podem ser rastreadas algumas decisões da jurisprudência brasileira. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, decidiu que o poder judiciário não tem competência para determinar a implantação de redes de abastecimento de água ou de esgoto porque isso diz respeito ao juízo de discricionariedade da administração.²⁹ Também assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o Município de Goiânia, objetivando compeli-lo à recuperação de área urbana degradada por erosão causada pela ação das águas pluviais com a realização de várias obras, como canalização de minas, drenagem de terreno e construção de rede de esgoto público e pluvial. Nessa decisão, entendeu-se que a administração, constitucionalmente autônoma, goza de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e a conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao judiciário obrigá-la a dar prioridade para determinada tarefa do poder público. Argumentou-se que o acolhimento da pretensão implicaria consumo dos recursos públicos, o que caracterizaria violação da liberdade de eleição de investimentos na área pública, acrescentando-se que a despesa deve observar, para sua legalidade, as diretrizes orçamentárias respaldadas pelo legislativo. Observou-se, além disso, a existência de outras obras que poderiam ser tidas como prioritárias para a administração na área social e que se o judiciário fosse ditar ao Município aquelas a serem executadas, estaria usurpando funções que não lhe foram atribuídas na Constituição Federal e, também, invadindo a competência nominal do poder executivo.³⁰

²⁸ Cf. STJ. Ag. Reg. 138901/GO. j. 15/0/97. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 11 nov. 2003.

²⁹ Cf. TJRS. Ap. Cfv. 596217075. j. 29/04/98. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 11 nov. 2003. O acórdão trata de ação civil pública promovida para condenar o Município de Irapuaçu a construir um sistema de tratamento do esgoto que estava sendo lançado *in natura* no Rio do Mel e no Rio Uruguai.

³⁰ Cf. STJ. Ag. Reg. 138901/GO. j. 15/0/97. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 11 nov. 2003. No mesmo sentido, igualmente, já havia decidido o Superior Tribunal de Justiça, em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o Estado de Goiás, visando a condená-lo ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na construção de um centro de recuperação e triagem para a criança e adolescente, entendendo que “a Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são dirigentes e programáticas. Têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as tarefas e programas pré-estabelecidos) e para o Judiciário (atualização constitucional). Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do executivo de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada” [Cf. STJ. REsp. 63128/GO. j. 20/05/1996. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 11 nov. 2003].

A superação dessas objeções ao reconhecimento de posições fundamentais definitivas a prestações em sentido estrito do direito fundamental ao ambiente somente poderá ser obtida a partir de um modelo ponderação de princípios, construída com base na distinção entre regras e princípios.³¹ O pressuposto para isso é aceitar que a norma do direito fundamental ao ambiente apresenta o caráter de regra ou princípio, configurando posições fundamentais jurídicas definitivas ou *prima facie*, conforme as circunstâncias do caso concreto. Não se deve, *a priori*, defender a configuração de posição fundamental definitiva a prestações em sentido estrito, pois disso somente se pode cogitar após uma ponderação de princípios. O princípio do direito fundamental ao ambiente deverá ser objeto de ponderação com os outros princípios que lhe são contrapostos normalmente, como o princípio da disponibilidade orçamentária ou o princípio da divisão das funções estatais. Por isso mesmo, a solução do questionamento proposto não terá uma resposta antes que seja superada a necessária ponderação entre os princípios em jogo, conforme as circunstâncias do caso concreto e segundo o princípio da proporcionalidade.

Uma posição fundamental jurídica a prestações em sentido estrito estará definitivamente assegurada se assim muito exigir o princípio do direito fundamental ao ambiente e os princípios da divisão dos poderes e da democracia, bem como os princípios materiais opostos³² são atingidos em uma medida relativamente reduzida na hipótese de se assegurar essa mesma posição fundamental jurídica no caso concreto. No esquema de ponderação, a existência de uma posição fundamental jurídica definitiva a uma prestação em sentido estrito está condicionada a razões que justifiquem, conforme a situação em concreto, a prevalência do princípio do direito fundamental ao ambiente em relação aos outros princípios como, por exemplo, o da divisão dos poderes, o da democracia³³ e os próprios principais materiais que ordenam em sentido contrário. A prevalência de um princípio em uma determinada situação concreta não significa o comprometimento absoluto da valência dos outros princípios, mas apenas um sacrifício pela redução do grau que cada um normalmente produz sobre o ordenamento jurídico.

Assim, está correto afirmar que as normas dos direitos fundamentais a prestações *podem* configurar posições fundamentais jurídicas definitivas.

³¹ Cf. ALEXY, *Teoria de los derechos...*, p. 486; HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57.

³² Por exemplo, o princípio da disponibilidade orçamentária.

³³ O princípio democrático recomenda que deve ser mais ampla possível a competência do legislador democraticamente legitimado. Diz, ainda, que se tudo o que é importante para o indivíduo deve ser determinado pelos direitos fundamentais, ao legislador somente seriam reservadas aquelas questões de pouco significado. Porém, adverte Alexy, o princípio democrático exige justamente que ao legislador seja reservado decidir sobre questões importantes [Cf. ALEXY, *Teoria de los derechos...*, p. 433].

Também não há desacerto no enunciar que as normas dos direitos fundamentais podem corresponder às posições jurídicas que tradicionalmente são denominadas como direitos subjetivos.

Para que se chegue até a correção desses enunciados, primeiro, é necessário aceitar o pressuposto da distinção das normas jurídicas em regras e princípios. Segundo, deve ser acolhido o pressuposto de que os direitos fundamentais e, assim, os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, em determinado ordenamento jurídico, podem ser apresentados como regras ou como princípios. Terceiro, se os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito apresentam o caráter de princípio, então eles poderão configurar posições fundamentais jurídicas definitivas ou posições fundamentais jurídicas *prima facie*. Na primeira hipótese, pode-se falar em direito definitivo e, assim, direito subjetivo passível de exigibilidade. Porém, apresentado um direito fundamental a prestações em sentido estrito com o caráter de princípio, será correto dizer-se que ele configura uma posição fundamental jurídica *prima facie* ou um direito *prima facie*. Somente após a superação da colisão com outro princípio oposto, em determinado caso concreto, será possível falar-se em direito definitivo.

Somente a partir de um modelo assim construído será possível responder-se, corretamente, às objeções à realização do direito fundamental ao ambiente a prestações em sentido estrito.

Sem embargo, é interessante observar que as decisões da jurisprudência brasileira, favoráveis ao reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas a prestações em sentido estrito, não fazem referência expressa às bases teóricas do modelo configurado. Ao invés de recorrerem ao modelo de ponderação de princípios e ao sistema de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, as decisões afastam as objeções relativas à delimitação de competência das funções estatais e à disponibilidade financeira sob o argumento de que elas não podem impedir a satisfação do direito fundamental ao ambiente pela realização de prestações em sentido estrito. Outra particularidade dessas decisões é que a discussão em torno do reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental ao ambiente a prestações em sentido estrito é normalmente localizada no âmbito da denominada discricionariedade administrativa.

Em quatro decisões recolhidas da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, muito embora a ponderação de princípios que se propõe não tenha sido sequer cogitada, reconheceu-se a existência de posição fundamental jurídica definitiva a prestações em sentido estrito, resultando a entidade federativa obrigada a executar prestações materiais fácticas em decorrência do direito fundamental ao ambiente. Em ação civil pública promovida contra o Município de Marau, pelos prejuízos causados

ao ambiente em decorrência do depósito de lixo urbano, impôs-se a obrigação de fazer consistente no “monitoramento da área, cobertura adequada e recolhimento dos líquidos drenados”, bem como na realização de outras obras “necessárias à recomposição do terreno a um mínimo aceitável”.³⁴ Em ação civil pública promovida contra o Município de São Leopoldo, em atenção aos prejuízos causados ao ambiente pelo depósito diário de aproximadamente oitenta toneladas de lixo em área ambiental de preservação permanente, o Tribunal confirmou sentença de primeira instância que condenou a entidade federativa a prestações em sentido estrito, consistentes em: *i*) promover a restauração da região atingida, corrigindo as imperfeições técnicas apontadas pelo órgão ambiental; *ii*) promover a “amenização da declividade dos taludes de lixo existentes e posterior cobertura da terra”; *iii*) executar um sistema de drenagem, acumulação e tratamento de líquidos percolados, evitando o contato com os cursos d’água; e *iv*) “a colocação e compactação de camada suplementar de terra em toda a área com a adoção de medidas mitigatórias dos processos erosivos”.³⁵ Em ação civil pública ajuizada contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre para a recuperação da Praia do Gasômetro, o Tribunal impôs à entidade federativa municipal a obrigação de realizar a construção de estações de tratamento de esgoto no prazo de seis anos, ressaltando que isso não significa ingresso da atividade jurisdicional no mérito da ação administrativa, mas adequação do comportamento da administração às necessidades da população e à preservação da saúde pública.³⁶ No mesmo sentido, em ação civil pública promovida para condenar o Município de Rio Grande à medida de despoluir as “águas salinas nas áreas comprometidas pelos lançamentos dos efluentes pluviais com dejetos cloacais”, bem como proceder à “localização e vedação de dutos, encanamentos e valas que destinam esgotos cloacais às redes pluviais”, no Balneário do Cassino, mesmo sem examinar as questões normalmente suscitadas ao ensejo da exigibilidade de prestações positivas materiais devidas pelo direito ao ambiente, o Tribunal reconheceu a obrigação de “reparação dos prejuízos causados, consistente na realização de obras voltadas à recuperação da área degradada”.³⁷

³⁴ Cf. TJRS. Ap. Cív. 596171538. j. 13/05/1998. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2003.

³⁵ Cf. TJRS. Reex. Nec. 598060119. j. 21/10/1998. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2003.

³⁶ Cf. TJRS. Ap. Cív. 597247642. j. 30/09/1998. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2003.

³⁷ Cf. TJRS. Ap. Cív. 70000352237. j. 16/03/2000. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2003. Nessa decisão, fez-se referência a outra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual se entendeu que “constatada a existência de prejuízos ao meio ambiente causados pelo depósito irregular de lixo em local inapropriado, sem que para tanto providenciasse o Município responsável autorização pelas autoridades ambientais competentes, agindo contrariamente às orientações por elas determinadas, plenamente admissível, além de inevitável, a sua condenação, como agente poluidor, à reparação dos prejuízos causados, consistente na realização de obras voltadas à recuperação

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, do mesmo modo, podem ser recolhidas decisões que reconhecem a possibilidade de exigibilidade jurisdicional de prestações em sentido estrito para realização do direito fundamental ao ambiente, hipóteses em que foram afastadas as objeções da discricionariedade da administração e da disponibilidade financeira imediata.³⁸ Em ação civil pública para a construção de um sistema de tratamento de esgotos, o Tribunal entendeu não haver discricionariedade administrativa à entidade federativa municipal para decidir sobre a conveniência e oportunidade para a realização das obras necessárias, acrescentando que o problema da disponibilidade orçamentária pode ser resolvido pela concessão do prazo para a execução das tarefas determinadas.³⁹ Nesse caso, a decisão rejeitou as objeções da delimitação de competência e dos custos financeiros para o fim de reconhecer posição fundamental jurídica definitiva à exigibilidade jurisdicional de prestações em sentido estrito para a realização do direito fundamental ao ambiente. Em outra ação civil pública, também envolvendo pretensão para a implantação de sistema de tratamento de esgoto, o Tribunal, considerando que se pretendia a proteção da “própria vida da população”, entendeu que os atos administrativos, ainda que dotados de discricionariedade, podem e devem ser apreciados pelo judiciário, devendo-se examinar exatamente sob a “necessidade ou não da intervenção” do poder público.⁴⁰ Em ação civil pública que pretendia que a entidade

da área degradada e pagamento de indenizações dos danos já causados a serem apurados em liquidação” [Cf. TJRS. Ap. Cív. 70000026625. j. 14/10/1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2003]. Em decisão que envolve discussão a respeito do direito fundamental da criança e do adolescente, o Tribunal reconheceu a obrigação do Estado do Rio Grande do Sul à prestação em sentido estrito “para concretização dos programas regionalizados de atendimento ao menor infrator, privado de liberdade”, observando que isso não significa “afronta ou negação ao poder discricionário da Administração Pública, mas simples exigência do cumprimento da lei”, pois “discricionariedade administrativa jamais poderá ser confundida com arbitrariedade e até irresponsabilidade”. Assim, entendeu-se que o poder discricionário do Estado, que lhe outorgaria o juízo da decisão sobre o local, conveniência e necessidade da construção de instalações para abrigos de adolescentes infratores, atingidos por medidas privativas de liberdade, não é ilimitado e tem seus parâmetros justamente nos limites da lei. Não há poder discricionário que afronte a lei ou desvirtue sua finalidade que é o bem comum. Afastou-se a alegada violação ao princípio da separação dos poderes sob a argumentação de que a possibilidade de o poder judiciário examinar os atos praticados pelos agentes dos demais poderes é da essência do regime democrático [Cf. TJRS. Ap. Cív. 595133596. j. 18/03/1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 10 nov. 2003].

³⁸ Cf. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002, p. 375.

³⁹ Citado por MARTINS JÚNIOR., Wallace Paiva. *Despoluição das águas*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 720, p. 58-65, out., 1994, p. 64.

⁴⁰ Cf. TJSP. Ap. Cív. 246.776-1. j. 22/05/1997, *Jurisprudência do Tribunal de Justiça, Revista do Tribunal de Justiça de São Paulo, LEX*, São Paulo, n. 203, abr. 1998, p. 21. Na decisão, entendeu-se que “a discricionariedade do ato deve ser examinada sob a necessidade ou não da intervenção do poder público. A interpretação ultrapassada de interesse público, ou seja, interesse do Estado, é manifestamente incompleta, já que, em princípio, compete-lhe, acima de tudo, concorrer por todos os meios e modos, no sentido da preservação ecológica local. Este deve preocupar-se sobremaneira com o social, não pode estar voltado para si. Ressalte-se que há interesse pertinente de toda a sociedade do lugar e o órgão jurisdicional está legitimamente impulsionado a realizar tarefa consistente em dirimir contro-

federativa municipal, além da cessação da atividade de depósito de lixo urbano, realizasse obras de recuperação da área ambiental degradada, o Tribunal entendeu ser “inviável a suscitada impossibilidade financeira, já que o problema deve ser tratado como uma das prioridades sociais da administração pública”, ressaltando que “em matéria de meio ambiente, verificado o dano e seu agente, a ninguém é permitido se eximir do dever de repará-lo ou indenizá-lo, assim como se abster de provocá-lo”.⁴¹

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, igualmente, registra precedente no sentido de que o direito fundamental ao ambiente configura posição fundamental jurídica definitiva a prestações em sentido estrito. Em ação civil pública promovida contra o Município de Goiana, o Tribunal entendeu devida a conduta da entidade federativa municipal consistente na adoção de medidas materiais para a recuperação de área ambiental degradada pelo depósito de lixo, erosão, assoreamento de córregos e mananciais, com base no argumento de que uma vez demonstrado o dano causado ao ambiente e o risco que isso representa para a população, “exige-se do poder público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado”.⁴²

O que todas essas decisões evidenciam é que as principais objeções ao reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas a prestações em sentido estrito devem ser rejeitadas se assim recomendarem as circunstâncias do caso concreto. Em determinados casos, se muito exigir o direito fundamental ao ambiente, os princípios da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária devem recuar na medida em que for necessária para a realização do direito fundamental.

Ainda que não tenha feito qualquer referência a isso, uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que não acolheu pretensão deduzida em ação civil pública para a implantação de rede de tratamento de esgoto pela entidade federativa municipal, curiosamente, aplicou o modelo dos princípios aqui formulado. Nessa decisão, o Tribunal entendeu carecer ao judiciário a competência para “determinar que o poder público implante redes de abastecimento de água ou de esgoto, o que se submete ao juízo de discricionariedade da administração, *tirante* hipóteses em que o descaso foi manifesto e a situação com isso acarretada se afaste do padrão estadual quanto a tais serviços ou, ainda, em que a poluição acarrete danos mais expressivos, afora aqueles naturalmente decorrentes da sua própria existên-

vésia na direção e na forma previstas pela ordem jurídica municipal, diversa, portanto, de pura deliberação de prática de atos de administração, onde certamente não lhe seria lícito intervir” (p. 21). Nesta decisão, entendeu-se pela “prevalência do interesse da coletividade sobre o alegado exame de conveniência e oportunidade” (p. 20).

⁴¹ Citado por MIRRA, *Ação civil...*, p. 377.

⁴² Cf. STJ. REsp. 429.570/GO. j. 11/03/2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 11 maio 2004.

cia”.⁴³ O que a decisão afirma, então, é que, nas hipóteses de descaso manifesto, não há discricionariedade, devendo recuar o princípio da divisão dos poderes. A conclusão é que, se o *caso concreto* submetido ao Tribunal apresentasse outras circunstâncias, diversas e mais gravosas ao ambiente em relação às do caso concreto julgado, a decisão seria em outro sentido.

Em outra decisão, recolhida do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconheceu-se a “prevalência do interesse da coletividade sobre o alegado exame de conveniência e oportunidade da administração” para acolher pretensão deduzida em ação civil pública para a implantação de sistema de tratamento de um rio.⁴⁴ Muito embora essa decisão não faça qualquer referência ao modelo da ponderação de princípios, deve-se reconhecer que ela realiza uma ponderação entre o interesse da coletividade que exige a realização da prestação material consistente na execução das obras do sistema de tratamento dos detritos que estão sendo lançados diretamente no curso das águas de um rio e o princípio da delimitação da competência das funções estatais. Na hipótese, conforme o caso concreto, entendeu-se pela prevalência do interesse da coletividade em relação à delimitação da competência em favor da administração municipal.

O decisivo é que da configuração do direito fundamental ao ambiente como um todo podem ser extraídas posições fundamentais jurídicas que serão definitivas e *prima facie*, conforme o caso concreto, a partir de uma ponderação de princípios, entre os quais o da separação das funções estatais e o da disponibilidade orçamentária de uma determinada entidade federativa. A consequência é a rejeição de qualquer argumento que tenha como pressuposto a precedência incondicionada de um princípio sobre outro, a exemplo do que ocorre com aquele segundo o qual o direito fundamental ao ambiente não pode ser satisfeito pela realização de prestações em sentido estrito porque assim determina o princípio da divisão dos poderes. Não há, *a priori*, a precedência do princípio da divisão dos poderes ou do princípio da disponibilidade orçamentária sobre o direito fundamental ao ambiente de modo a excluir, sempre, a configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas a prestações em sentido estrito.

Se há, na Constituição, normas estabelecendo que o ambiente é bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida e que todos têm direito ao ambiente, cabendo à coletividade e ao poder público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, então está configurado o direito fundamental ao ambiente que pode ser apresentado como mandamento a ser otimizado conforme as possibilidades fácticas e jurídi-

⁴³ Cf. TJRS. Ap. Cív. 596217075, j. 29/04/1998. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2003 (sem itálico no original).

⁴⁴ Cf. TJSP. Ap. Cív. 246.776-1, j. 22/05/97, *Jurisprudência do Tribunal de Justiça, Revista do Tribunal de Justiça de São Paulo, LEX*, n. 23, abr., 1998, p. 20.

cas. Desse modo, se as circunstâncias do caso concreto determinarem a precedência da satisfação do direito fundamental ao ambiente em relação aos princípios da divisão dos poderes ou da disponibilidade financeira, então estará configurada uma posição fundamental jurídica a prestações em sentido estrito, não se podendo cogitar de discricionariedade administrativa, pois “existindo o dever de atuar, não há margem para qualquer consideração de ordem técnica e política”.⁴⁵ Se um determinado administrador municipal realiza o depósito de lixo urbano em área de preservação, causando severa degradação ambiental, o comportamento de recuperar ou não a área afetada não se insere no âmbito da denominada discricionariedade administrativa e tampouco está excluído ao controle penetrante da função jurisdicional. Mesmo na hipótese em que seja admissível a opção administrativa entre agir e não-agir, haverá “possibilidade de apreciação jurisdicional do comportamento efetivamente adotado, seja ele positivo ou negativo, sendo possível sua correção pelo poder judiciário sempre que as circunstâncias do caso concreto permitirem concluir que não foi adotada a melhor solução”.⁴⁶

É decisivo compreender que, se as circunstâncias do caso concreto estão a favor da satisfação do direito fundamental ao ambiente pela realização de prestações em sentido estrito, porque assim determina a lei da ponderação,⁴⁷ nesse sentido deve ser o comportamento administrativo. Se a hipótese concreta determina a precedência do direito fundamental ao ambiente, o princípio da divisão dos poderes sacrifica-se na medida necessária à realização da prestação em sentido estrito que for requerida pelo direito fundamental.

Desse modo, está correto dizer que os problemas da satisfação do direito fundamental ao ambiente a prestações em sentido estrito se resolvem como uma questão de ponderação de princípios. De um lado, está o direito fundamental ao ambiente que configura um mandamento a ser otimizado na medida das possibilidades fácticas e jurídicas e, de outro lado, os princípios que normalmente lhe são opostos quando se pretende a satisfação daquele direito fundamental pela realização de prestações em sentido estrito – os princípios da divisão das funções estatais e da disponibilidade orçamentária. No modelo que se propõe, não há uma precedência incondicional de um princípio sobre outros, pois os interesses em jogo estão abstratamente no mesmo nível, tudo devendo ser resolvido conforme o peso de cada um diante das circunstâncias do caso concreto. É o caso concreto que vai de-

⁴⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

⁴⁶ Cf. *Ibidem*, p. 105.

⁴⁷ Cf. ALEXY, Robert. A fórmula do peso. Tradução Luís Afonso Heck. *No prelo*. Artigo publicado em *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hg.). Berlin 203, S. 771 ff.

terminar a relação de precedência condicionada em que um princípio irá prevalecer sobre o outro. Assim, conforme as circunstâncias concretas de uma determinada situação de fato – significativa degradação ambiental de área de preservação causada pelo depósito de lixo urbano que está a exigir imediata recuperação sob pena de contaminação do rio do qual é retirada a água para abastecimento da população de uma cidade – o princípio que determina a realização das obras necessárias à recuperação da área degradada terá precedência sobre os princípios opostos. Assim, sob essas condições, será possível falar-se na configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas à realização das prestações em sentido estrito necessárias à satisfação do direito fundamental ao ambiente.

É necessário, antes de qualquer providência, verificar-se se a prestação em sentido estrito pretendida é conteúdo de uma posição fundamental jurídica *prima facie* do direito fundamental ao ambiente. Reconhecido isso, o segundo passo é pesquisar no ordenamento jurídico normas de restrições ao direito fundamental ao ambiente. Encontradas essas restrições, passa-se ao exame do princípio da proporcionalidade. Desse modo, para se verificar a configuração de uma posição fundamental jurídica definitiva do direito fundamental ao ambiente a uma prestação em sentido estrito, pode-se recorrer ao exame da proporcionalidade que pressupõe uma relação de meio e fim, indagando-se por uma determinada medida em relação a uma determinada finalidade. Para a configuração de uma posição fundamental jurídica definitiva, que pressupõe já a existência de circunstâncias concretas que estabeleçam a prevalência do direito fundamental ao ambiente em relação aos princípios opostos – divisão dos poderes e disponibilidade orçamentária – a realização das prestações em sentido estrito, como, por exemplo, a implantação de um sistema de tratamento dos detritos que estão sendo lançados no rio de abastecimento de água da população de uma cidade, deve ser analisada como sendo: *i*) a medida concreta destinada a atingir a finalidade de realização do direito fundamental ao ambiente por intermédio de prestações em sentido estrito (idoneidade); *ii*) a medida menos restritiva possível dos princípios opostos daqueles possíveis para atingir a finalidade de pretendida (necessidade); e *iii*) a medida tão valiosa a ponto de justificar racionalmente a restrição dos princípios opostos (proporcionalidade em sentido restrito).

Se, em uma determinada situação concreta, há duas prestações em sentido estrito que são igualmente úteis para a realização do direito fundamental ao ambiente, o exame da necessidade irá determinar que seja realizada aquela prestação que for menos gravosa aos princípios opostos. Em atenção ao princípio da disponibilidade orçamentária, por exemplo, deve-se escolher aquela prestação em sentido estrito que for menos onerosa para o erário. O exame da proporcionalidade em sentido restrito requer verificar

se a prestação em sentido estrito se justifica racionalmente ante o sacrifício dos princípios opostos. Assim, se muito exigir o direito fundamental ao ambiente a realização da prestação em sentido estrito consistente na implantação de um sistema de tratamento de esgoto, estará justificado o sacrifício do princípio da divisão dos poderes e o princípio da disponibilidade financeira, devendo-se reconhecer uma posição fundamental jurídica definitiva.

CONCLUSÃO

O que se produziu aqui serviu para demonstrar que efetivamente o direito ao ambiente é direito fundamental positivado na Constituição de 1988, pois as normas da disposição do art. 225 da Constituição vinculam juridicamente a atuação do legislador, do executivo e do judiciário, constituindo posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, conforme o direito ao ambiente tenha o caráter de regra ou de princípio.

Além disso, restou evidenciado que o direito ao ambiente é constituído por um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* e que, considerada a teoria analítica da tríplice divisão das posições jurídicas, é um direito a algo, daí resultando a sua configuração como um direito a prestações em sentido amplo, dividido em direito à proteção, direito à organização e ao procedimento e direito a prestações em sentido estrito.

O direito ao ambiente configura posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* no sentido de que o Estado atue positivamente para dar a normalização necessária à proteção do ambiente e impedir comportamentos de terceiros lesivos ao ambiente. Do mesmo modo, o direito ao ambiente configura posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* a que o Estado atue positivamente para criar organizações e procedimentos em sentido estrito. Também resultou comprovado que o direito ao ambiente configura posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* a prestações em sentido estrito.

Por fim, ficou demonstrado que as objeções ao reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas a prestações em sentido estrito podem ser resolvidas por intermédio de uma ponderação de princípios. Rejeitada a tese da prevalência incondicionada de um princípio sobre o outro, conforme o caso concreto, uma posição fundamental jurídica definitiva a prestações em sentido estrito pode ser assegurada se a lei da ponderação apontar em favor do direito fundamental ao ambiente.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- . *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 27, p. 51-57, jul./set. 2002.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 17, 1999.
- . *El concepto e la validez del derecho*. 2. ed. Traducción Jorge M. Seña. Madrid: Gedisa, 1997.
- . Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun., 2003.
- . Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 799, p. 33-51, maio 2002.
- . Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- . A fórmula do peso. Tradução Luís Afonso Heck. *No prelo*. Artigo publicado em *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hg.). Berlin 203, S. 771 ff.
- . Fundamentação jurídica, sistema e coerência. Tradução Luís Afonso Heck. *No prelo*. Artigo publicado em *Staatsphilosophie und Rechtspolitik für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*, München: Beck Verlag, 1997, S. 95 ff. Herausgegeben von Burkhardt Ziemke, Theo Langheid, Henrich Wilms, Görg Haverkate.
- . *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza, Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução Juan Luis Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Comares, 1994.
- FERRANDO, Javier Domper. *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*. Madrid: Civitas, 1992.
- HECK, Luís Afonso. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 800, p. 57-64, jul. 2002.
- . *A filosofia do direito de Robert Alexy: a institucionalização da razão*. *No prelo*.
- . Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52-100.
- . *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- . Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS JÚNIOR., Wallace Paiva. Despoluição das águas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 720, p. 58-65, out., 1994.
- MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 28, p. 117-138, out./dez. 2002.
- MEZZETTI, Luca. Costituzione dell'ambiente e protezione della natura nell'ordinamento tedesco. In: MEZZETTI, Luca. *I diritti della natura*. Padova: Cedam, 1997. p. 149-176.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.
- . Fundamentos do direito ambiental no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 7, p. 170-197, 1994.
- . Princípios fundamentais do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 2, p. 50-66, abr./jun., 1996.
- MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Uma reflexão sobre a “ecologia humana” a partir do direito ambiental como um direito fundamental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 28, p. 250-251, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris e NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 94-95.
- SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- . *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- WOLD, Chis. Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 5-31.
- ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Dykinson, 1991.