

A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Paulo Alberto Sarno

Sumário: Resumo. Abstract. 1. Introdução – O controle jurisdicional das políticas públicas. 2. Meio ambiente: direito fundamental e a intervenção do Poder Judiciário. 3. Os princípios do poluidor-pagador, usuário-pagador e do protetor-recebedor e a intervenção do Poder Judiciário. 4. Conclusão. Referências.

RESUMO

O albergue constitucional de políticas públicas propicia a intervenção do Poder Judiciário para a garantia do “mínimo existencial” e resguardo da dignidade da pessoa humana. A atuação jurisdicional deve ser desenvolvida para a preservação dos direitos fundamentais, dentre eles a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Há, no entanto, limites para o controle jurisdicional, não podendo o Poder Judiciário agir no espaço concebido exclusivamente para atuação dos Poderes Executivo ou Legislativo, por exemplo, quando se trata da implantação do princípio do protetor-recebedor.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção, Judiciário, Políticas Públicas, Meio Ambiente, Princípio do Protetor-Recebedor.

ABSTRACT

The constitutional pool of public policy favours the intervention of the Judiciary in ensuring the "existential minimum" and guard the dignity of the human person. A court action must be developed for the preservation of fundamental rights, including the protection of an ecologically balanced environment. There are, however, limits to judicial review, the judiciary cannot act in the space designed exclusively for performance of the Executive or Legislative Powers, for example, when it comes to the implementation of the protector-receives principle.

KEY-WORDS: Intervention, Judiciary, Public Policy, Environment, Protector-Receives Principle.

1. INTRODUÇÃO – O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Carta Política de 1988, art. 3º, incisos I a IV, estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com a seguinte dicção:

Art 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II. garantir o desenvolvimento nacional;

III. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹

Estes objetivos claramente exigem do Estado uma postura positiva sobre a realidade social, com o firme propósito de propiciar mudanças e resguardar o mínimo necessário para albergar, distante da mera retórica, a dignidade da pessoa humana, princípio que guarda assento no art. 1º, inciso III, da Constituição cidadã.

Com o processo de redemocratização, houve um natural fortalecimento do Poder Judiciário, instituído de verdadeiro poder político.

A cidadania e os valores sociais do trabalho despontaram como fundamentos, alicerces, do Estado Democrático de Direito.

Diversos direitos individuais e coletivos, bem como sociais, foram expressamente contemplados pela Constituição de 1988, *verbi gratia*, aqueles previstos nos artigos 5º, 6º e 7º do Carta Política.

Assim como o meio ambiente ganhou capítulo próprio no texto Constitucional, que impôs “ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, conforme dizeres do art. 225.

Dentre tantos, esses exemplos revelam que a Carta de 1988 guarda como diretriz a preservação do mínimo para a salvaguarda da existência digna.

O albergue constitucional de diversas matérias ampliou a informação sobre as recentes conquistas e produziu, como fenômeno conatural, a busca de proteção desses direitos perante o Poder Judiciário.

Acerca da crescente judicialização e suas causas, cito a doutrina de Luís Roberto Barroso:

¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. [...]

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. [...] Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de juízes e tribunais. [...] Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. [...] A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público, é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. [...] ²

² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Cadernos [SYN]THESIS**. Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 5, nº. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

Do transcrito, destaco que a inserção, na Constituição, de determinada conquista em prol do cidadão ou da sociedade propiciou imiscuir, no mesmo contexto de expressão, Política e Direito.

Com palavras outras, a Carta da República de 1988 materializou garantias mínimas, o que naturalmente conduz a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para o resguardo da efetiva aplicação das políticas públicas expressamente desenhadas no plano constitucional.

É certo que esse mecanismo de intervenção judicial não guarda gênese em opção ideológica das Cortes de Justiça.

A política pública com raízes no texto constitucional reclama, naturalmente, o controle jurisdicional. Isto porque compete ao Poder Judiciário dizer o direito, interpretar a norma posta, seja qual for o seu assento.

A par disto, anoto que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, concebidos com grau de paridade, harmonia e independência (art. 2º da Constituição Federal), compõem a dimensão una do Estado social, responsável pela implementação das ações necessárias, metas ou programas para o alcance dos objetivos fundamentais previstos na Constituição.

No sentido exposto, colho a doutrina de Ada Pellegrini Grinover:

Mas como operacionalizar o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro? Responde Oswaldo Canela Junior:

“Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária.”

Afirma o autor, com toda a razão, que as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser considerados por si sós. [...]

Continua Oswaldo Canela Junior:

“E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções

é vedada às formas de expressão do poder estatal de interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes.”

Mas os poderes, além de independentes, devem também ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. [...] Tércio Sampaio Ferraz Junior lembra que o objetivo do Estado liberal era o de neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes. Mas, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio do Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.³

Com a premissa escorreita de que o Poder Judiciário guarda vinculação com a política estatal, o controle judicial estará autorizado se constatado o distanciamento ou a omissão dos demais poderes quanto ao efetivo implemento das ações necessárias, metas, planos ou programas para o alcance do ideário constitucional.

Distante desse pensamento é a ideia do ativismo judicial, assim explicada por Luís Roberto Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴

No que toca à dinâmica dos Poderes, a regra da paridade é aquela que deve servir à construção do Estado social almejado no plano político-constitucional.

Seguindo essa diretriz, a intervenção judicial nas ações de governo é factível quando se busca a implementação daquele mínimo necessário, expressamente previsto na quadra constitucional, para o resguardo da dignidade humana.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.128-129.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Cadernos [SYN]THESIS**. Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 5, nº. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

Deveras, aquele que procura atendimento médico para cura do câncer (*verbi gratia*), não pode receber como resposta a omissão do Estado social (em face, por exemplo, da ausência de vagas), haja vista que a Carta Política garante a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º da Constituição).

Além do direito à vida, o art. 196 do Texto constitucional expressamente estabelece que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Logo, a política social de acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde deve ser rigorosamente cumprida pelo Estado, cabendo ao Judiciário, na omissão, determinar o cumprimento do comando normativo constitucional para a salvaguarda da vida e existência digna.

Assim agindo, o Poder Judiciário cumpre seu papel, propiciando a realização dos fundamentos e objetivos albergados pela Constituição.

A propósito da garantia do mínimo existencial, colho os dizeres de Ada Pellegrini Grinover:

Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, ou núcleo duro, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana.

O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado: “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.”

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância.

Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça.

É esse o núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las,

independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa.⁵

Bem diferente, no entanto, é a situação daquele que, provido de recursos financeiros, pede ao Poder Judiciário atendimento médico especializado, somente factível no plano internacional. Neste caso, o pleito deve ser recusado, haja vista que a intervenção judicial no sentido proposto importará indevido arrefecimento da regra constitucional de acesso universal aos serviços de saúde, com prejuízo daqueles que necessitam do atendimento básico, ordinário.

Com outra dicção, para atender ao pleito de atendimento médico específico, o Estado social desviará recursos que são imprescindíveis para a efetivação dos serviços previstos no art. 196 da Carta Política, em prol de todos e em condições de igualdade.

Ao negar pedido desta natureza, o Poder Judiciário busca equalizar a regra constitucional de acesso à saúde, com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tão caros ao exercício da atividade jurisdicional.

No que toca ao princípio da proporcionalidade, escreve Paulo Bonavides:

1. O princípio da proporcionalidade

Que é a proporcionalidade e que importância tem ela no Direito Constitucional contemporâneo em face de seus mais recentes progressos doutrinários?

De início, faz-se mister ponderar a advertência de Xavier Philippe de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios. Procede assim a percuciente observação do publicista francês.

Mas não resulta difícil estabelecer em caráter provisório ou preliminar duas noções de proporcionalidade: uma na acepção lata, e outra na acepção estrita; ambas de Pierre Muller, jurista que as expôs numa assembleia da União Suíça de Juristas, celebrada em Zurique nos dias 29 de setembro a 1º de outubro de 1978.

Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

Nesta última acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente, ou seja, manifesta.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.132.

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gertz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (“*eine Übermasskontrolle*”).

As bases do princípio da proporcionalidade contidas na junção fim e meio, Ermacora foi buscá-las entre as precursoras análises e reflexões exaradas por von Jehrings em dois célebres trabalhos intitulados O Fim do Direito (*Der Zweck im Recht*) e a Luta pelo Direito (*Der Kampf ums Recht*), ambos do século passado.

Mas Braibant, examinando as bases do princípio e desvendando-lhe a importância, acrescentou um terceiro elemento, a saber, a situação de fato, estabelecendo assim a relação triangular fim, meio e situação, para corrigir insuficiências da dualidade antecedente.

[...]

Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Europeia, já não vacilam em fazer uso frequente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição.⁶

Com a aplicação do princípio da proporcionalidade, busca-se, na quadra de determinada situação fática, o equilíbrio entre os meios e fins.

Sem a adoção deste princípio, não é possível ao julgador promover a intervenção para garantia do mínimo necessário e resguardo da dignidade da pessoa humana.

A par disto, é relevante salientar que a consecução, pelo Poder Judiciário, da política pública desenhada no plano constitucional não está sujeita à cláusula da “reserva do possível”.

Caso haja comprovação de ausência de recursos para a consecução de determinada política pública, cabe ao Poder Judiciário diferir o cumprimento da obrigação, acolhendo com esta perspectiva o pleito formulado pelo jurisdicionado.

No sentido exposto, transcrevo os dizeres de Kazuo Watanabe:

Ada Pellegrini Grinover, no trabalho acima citado, observa, relativamente à “reserva do possível” que não basta a simples alegação de falta de recursos, cabendo ao Poder Público fazer a cumprida demonstração de sua alegação. Mas, segundo o entendimento da eminente jurista, o acolhimento da alegação de falta de recursos não conduziria à rejeição do pedido de tutela jurisdicional, e sim apenas ao seu diferimento. Acolhendo a

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.405-409.

alegação, sustenta a jurista que o Judiciário “determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública”, disso resultando a condenação da Administração a duas obrigações de fazer, “a de fazer inclusão no orçamento da verba necessária para o adimplemento da obrigação e a obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação”. Anota, na mesma linha de entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que “nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito” (op. e loc. citis).

[...]

O nosso entendimento, conforme a distinção acima feita, em relação aos direitos fundamentais sociais que estejam referidos ao núcleo duro do princípio da dignidade humana e por isso integram o conceito de “mínimo existencial”, é inoponível a cláusula da “reserva do possível” [...].⁷

Ao propiciar o “mínimo existencial”, penso que o Poder Judiciário não está gerando política pública, mas apenas garantindo ao jurisdicionado a aplicação daquela expressamente prevista no corpo constitucional, para o cumprimento da dignidade da pessoa humana, materializando este princípio de valor e de referência.

2. MEIO AMBIENTE: DIREITO FUNDAMENTAL E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O art. 225, *caput*, da Constituição da República alberga “o meio ambiente ecologicamente equilibrado” como “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”.

A propósito, transcrevo a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado:

O texto emprega figuras genéricas – “Poder Público” e “coletividade” – como sendo aquelas obrigadas a preservar e defender o meio ambiente. “Poder Público” não significa só o Poder Executivo, mas abrange o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, tanto que no art. 2º esses três poderes constam como “Poderes da União”. Os constituintes engajam os três Poderes da República na missão de preservação e defesa do meio ambiente, agindo eles com independência e harmonia recíproca. [...]

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.222-223.

À “coletividade” cabe também o dever de defender e preservar o meio ambiente. Entendo que os constituintes fizeram um chamamento à ação dos grupos sociais em prol do meio ambiente. O termo abrange a “sociedade civil” (expressão acolhida na Constituição – art. 58, II), não integrando formalmente o Poder Público, compreendendo as organizações não governamentais (ONGS), constituídas em associações e fundações, e as organizações da sociedade civil de interesse público. A Constituição Federal poderia ter feito menção de forma mais clara à participação da coletividade. A ação da coletividade, diferentemente da do Poder Público, em geral é facultativa [...].⁸

Trata-se de direito fundamental, de terceira geração com natureza transindividual.

Acerca dos direitos fundamentais de terceira geração, colho os dizeres de Paulo Bonavides:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos. Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Ao contrário de Vasak, a expressão que Etienne-R Mbaya, o brilhante jusfilósofo de Colônia, formulador do chamado “direito ao

⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.157.

desenvolvimento”, usa para caracterizar os direitos da terceira geração é solidariedade e não fraternidade.⁹

Os direitos de terceira geração têm assento na dignidade da pessoa humana, fundamento de ordem constitucional que concebe, além da própria figura humana, todas as formas de vida integradas no planeta.

A terceira geração revela, assim, inédito perfil do princípio insculpido no inciso III do art. 1º da Carta Política, consoante dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

Desde logo, verifica-se que é certamente possível questionar o excessivo antropocentrismo que informa tanto o pensamento kantiano quanto a tradição filosófica ocidental de um modo geral, especialmente confrontando-a com os novos valores ecológicos que alimentam as relações sociais contemporâneas e que reclamam uma nova concepção ética, ou, o que talvez seja mais correto, a redescoberta de uma ética de respeito à vida que já era sustentada por alguns. [...] A fim de ampliar a concepção kantiana para além do ser humano, pretende-se, no presente trabalho, aderir aos que levantam o questionamento acerca da possibilidade de reconhecimento de um fim em si mesmo inerente a outras formas de vida (ou à vida de uma forma geral, seja humana, seja não humana), atribuindo-lhes um valor próprio e não meramente instrumental, ou seja, uma dignidade que implica um conjunto de deveres para o Homem. [...]

Todas as concepções (e a de Kant é provavelmente apenas a mais influente!) que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana encontram-se, pelo menos em princípio, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade, ocupa lugar superior e privilegiado em relação aos demais seres vivos. De acordo com Kant, conforme anunciado na citação precedente da sua obra, todo o universo “não humano” estaria enquadrado no conceito de coisas, e portanto, não de pessoas, tendo apenas um valor relativo, na medida em que se prestariam – em maior ou menor grau – como “meio” para a satisfação da vontade humana. No entanto, de acordo com o entendimento a ser desenvolvido neste ensaio, para além de tal “compreensão especista”, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do ambiente como valor ético-jurídico fundamental indicia que não está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.587-588.

análise, exigência da vida humana e, acima de tudo, da vida humana com dignidade.¹⁰

Além do dever de defender e preservar o meio ambiente, o *caput* do art. 225 da Carta Política consagra a responsabilidade ambiental entre as gerações, conforme a dicção de Paulo Affonso Leme Machado:

A Constituição estabelece as presentes e futuras gerações como destinatárias da defesa e da preservação do meio ambiente. O relacionamento das gerações com o meio ambiente não poderá ser levado a efeito de forma separada, como se a presença humana no planeta não fosse uma cadeia de elos sucessivos. O art. 225 consagra a ética da solidariedade entre as gerações, pois as gerações presentes não podem usar o meio ambiente fabricando a escassez e a debilidade para as gerações vindouras.

[...] A continuidade da vida no planeta pede que esta solidariedade não fique represada na mesma geração, mas ultrapasse a própria geração, levando em conta as gerações que virão após. O princípio cria um novo tipo de responsabilidade jurídica: a responsabilidade ambiental entre as gerações.¹¹

Cristiane Derani sustenta, no mesmo sentido, que o conceito de responsabilidade social está inserido no art. 225 da Constituição da República:

O Estado Social não traça uma via de mão única na relação entre Estado e indivíduo. Ele assenta-se na cooperação entre o Estado e economia, ao mesmo tempo em que reclama um comportamento social do indivíduo frente à comunidade. Portanto, integra também o seu conteúdo o aspecto de obrigação do sujeito, traduzida na expressão responsabilidade social e devidamente relatada no artigo 225 da Constituição (impõe-se à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado). Isto implica na necessidade da produção de normas que viabilizem a colaboração e a participação da sociedade nas decisões.¹²

O dever de proteção e preservação do meio ambiente pelo Poder Público tem conformação, ainda, no princípio da obrigatoriedade de intervenção do Poder Público. Sobre este princípio, Paulo Affonso Leme Machado cita a dicção da Declaração de Estocolmo de 1972 e Declaração do Rio de Janeiro de 1992:

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.74-76.

¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.158.

¹² DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.261.

“Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente.”
(Declaração de Estocolmo/1972)

A Declaração do Rio de Janeiro/1992, em seus 27 Princípios, menciona pelo menos vinte vezes o termo “Estados”, dizendo no Princípio 11: “Os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente.”¹³

Com base nas Declarações de Estocolmo de 1972, Declaração do Rio de Janeiro de 1992 e dizes da Constituição da República (art. 225 e seguintes), é evidente que o Poder Público tem o dever de implementar políticas públicas para a preservação e recuperação ambiental, intervindo e atuando sempre para o correto controle e utilização dos recursos naturais.

A respeito, escreve Cristiane Derani:

O artigo 225 da Constituição declara um fim a ser perseguido e indica algumas medidas fundamentais que devem ser observadas durante este percurso, porém o caminho propriamente dito está aberto. Este caminho é definido pela instituição de políticas e normas ordinárias visando especificar como e em que medida este fim pode e deve ser alcançado.

Ora, políticas públicas são requeridas não só para o cumprimento do que prescreve o artigo 225, mas também para inúmeros outros preceitos constitucionais. Isto significa que nenhuma política, por mais que aparentemente intencione, pode restringir-se ao cumprimento de um ponto específico da Constituição. Por ser uma política, seus efeitos concretos atingem as mais diversas esferas da sociedade, não sendo possível dizer apenas que se trata de uma política do meio ambiente ou de uma política econômica simplesmente [...].¹⁴

A omissão do Poder Público, consoante outrora afirmado, autoriza a intervenção judicial para a realização da política pública internalizada na quadra da Constituição, daquele mínimo garantido ou daquela norma que se reveste de aplicabilidade imediata.

No sentido exposto, transcrevo excerto da doutrina de Kazuo Watanabe:

10. Além do mínimo existencial, há outros direitos fundamentais sociais que, apesar de sua relevância, não são dotados do mesmo grau de essencialidade para a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns desses direitos, porém, estão definidos

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.137.

¹⁴ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.262.

em normas constitucionais com densidade suficiente para poderem ser havidas como explicitadoras de política pública de implementação obrigatória pelos órgãos do Estado, independentemente de prévia ponderação complementar, seja do Legislativo, seja do Executivo. Ao descumprimento deles, em consequência, será perfeitamente cabível a postulação da tutela jurisdicional (um bom exemplo de norma dessa espécie é a inscrita no art. 230, § 2º, CF, que assegura aos maiores de 65 anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos; também podem ser mencionados alguns direitos dos trabalhadores urbanos e rurais enumerados no art. 7º, CF (excluindo-se, evidentemente, aqueles que, essenciais à dignidade humana dos trabalhadores, integram o conceito de “mínimo existencial”).¹⁵

Ainda sobre a intervenção judicial, lembro que o art. 5º, § 1º, da Carta Política expressamente assevera que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, dentre elas aquela que alberga, com amplitude, a preservação e a recuperação do meio ambiente.

No sentido exposto, colho em outro movimento a doutrina de Cristiane Derani:

Esta digressão sobre direitos fundamentais destina-se a situar especificamente as condições de efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao se revelar como direito fundamental, sua aplicação não depende de uma afirmação da validade constitucional por norma ordinária. Este direito, como todos os direitos fundamentais presentes na Constituição, tem aplicação imediata, conforme dispõe o parágrafo 1º do art. 5º da Constituição, que ao se referir às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, não se restringe àquelas do artigo quinto, mas aplica-se a todos os demais previstos no texto constitucional.¹⁶

Em resumo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, cuja garantia pode ser propiciada pelo Poder Judiciário, determinando a prevenção ou a reparação dos danos causados, haja vista que este direito, sem dúvida, encontra albergue no conceito de “mínimo existencial”, para a garantia da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.220-221.

¹⁶ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.229.

3. OS PRINCÍPIOS DO POLUIDOR-PAGADOR, USUÁRIO-PAGADOR E DO PROTETOR-RECEBEDOR E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Como outrora sustentado, o meio ambiente, no plano constitucional de 1988, ganhou a envergadura de direito fundamental, o que autoriza a intervenção do Poder Judiciário para a garantia do mínimo previsto no corpo da Constituição.

Para a salvaguarda deste relevante direito fundamental, a doutrina destaca diversos princípios, dentre eles o usuário-pagador, o poluidor-pagador e o protetor-recebedor.

Desde logo, colho os conceitos necessários para a exata compreensão dos princípios destacados.

O princípio do poluidor-pagador tem como pressuposto recuperar e/ou indenizar os danos causados. Já o princípio do usuário-pagador corresponde ao pagamento de uma contribuição pela utilização de recursos ambientais para fins econômicos.

A propósito, transcrevo a doutrina de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:

A degradação ambiental progressiva, desde a industrialização, se deve basicamente à sobrecarga dos ecossistemas naturais sob duas formas: de um lado, a extração dos recursos naturais em larga escala, utilizados principalmente como insumos, inclusive para fins de geração de energia; de outro lado, o lançamento de resíduos em quantidade, durabilidade e periculosidade crescentes, tornando cada vez mais complexos os fenômenos da poluição e da degradação ambientais cujas consequências adversas estão mencionadas no art. 3º, III da Lei n. 6.938/1981.

Surgem nesse processo as figuras do usuário e do poluidor/degradador, que têm a responsabilidade ambiental alicerçada, respectivamente, no princípio usuário-pagador e no princípio poluidor-pagador. Ambos são agasalhados pela Lei n. 6.938/1981, que estabelece como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (art. 4º, VII).

[...]

Enquanto o princípio poluidor-pagador foi concebido para uma atuação *a posteriori* (obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados), o princípio usuário-pagador o foi para uma atuação

anterior (pagamento de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos).¹⁷

Ainda segundo a doutrina de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida¹⁸, o “*ponto comum entre os dois princípios é a necessidade de internalização das externalidades*”.

Acerca das externalidades negativas, colho também a dicção da doutrina de Cristiane Derani:

O princípio do poluidor pagador (Verursacherprinzip) visa à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental. Tal traria como consequência um maior cuidado em relação ao potencial poluidor da produção, na busca de uma satisfatória qualidade do meio ambiente. Pela aplicação deste princípio, impõe-se ao “sujeito econômico” (produtor, consumidor, transportador), que nesta relação pode causar um problema ambiental, arcar com os custos da diminuição ou afastamento do dano.

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas “externalidades negativas”. São chamadas externalidades porque, embora resultante da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão “privatização dos lucros e socialização de perdas”, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua **internalização**. Por isto, este princípio também é conhecido como o princípio da responsabilidade (Verantwortungsprinzip).

Pelo princípio do poluidor-pagador, arca o causador da poluição com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização deste dano.¹⁹

Sobre a internalização dos custos de produção, a Declaração do Rio de 1992 assim dispôs sobre o tema:

Princípio 16. As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse do público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais.²⁰

¹⁷ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p.86-87.

¹⁸ Ibidem, p.86.

¹⁹ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.158.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro, jun. 1992.

No que toca ao aspecto legislativo, a Lei nº 6.938/81 expressamente albergou os princípios do usuário-pagador e poluidor-pagador, a teor do que dispõe expressamente o art. 4º, inciso VII, com a seguinte redação:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

[...]

VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais para fins econômicos.²¹

Na mesma direção, a Constituição da República, art. 225, § 2º, expressamente impõe a recuperação do meio ambiente degradado por quem explora os recursos minerais, com os seguintes dizeres:

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

§ 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.²²

Em outro plano, anoto que a Lei n. 6.938/81 (art. 14, § 1º) e a Constituição Federal (art. 225, § 3º) firmaram expressamente o princípio da responsabilidade objetiva e solidária dos poluidores/degradadores diretos e indiretos. Transcrevo, respectivamente, os dispositivos:

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

[...]

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.²³

²¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília, 1981.

²² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

²³ BRASIL, op. cit., 1981.

Art. 225. [...]

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.²⁴

Com palavras outras, o princípio do poluidor-pagador impõe ao poluidor/predador ampla responsabilidade civil, administrativa e penal, de modo a coibir e prevenir a prática ou a reiteração de atos danosos contra o meio ambiente.

Em consonância com a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado, o princípio do usuário pagador contém o princípio do poluidor-pagador:

O uso dos recursos naturais pode ser gratuito, como pode ser pago. A raridade do recurso, o uso do poluidor e a necessidade de prevenir catástrofe, entre outras coisas, podem levar à cobrança do uso dos recursos naturais.

[...]

O princípio usuário-pagador contém também o princípio do poluidor-pagador, isto é, aquele que obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada.²⁵

No mesmo sentido, transcrevo a doutrina de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:

Enquanto o princípio poluidor-pagador foi concebido para uma atuação *a posteriori* (obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados), o princípio usuário-pagador o foi para uma atuação *a anteriori* (pagamento de contribuições pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos).

Todavia, ambos têm uma concepção mais alargada, de sorte que o chamado princípio poluidor-pagador alargado abrange também a prevenção, e não apenas a reparação e a repressão; o princípio usuário-pagador, por sua vez, contém também o princípio poluidor-pagador. É apropriada por isso mesmo a denominação princípio-usuário-poluidor-pagador.²⁶

O destaque da doutrina revela que o princípio do poluidor-pagador, além de impor a recuperação ambiental ou indenização pelos danos causados, guarda perfil nitidamente preventivo, tanto que contido pelo princípio usuário-pagador.

²⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.94.

²⁶ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p.87.

Acerca desta característica preventiva ínsita ao princípio do poluidor-pagador, reproduzo a doutrina de Cristiane Derani:

A determinação do poluidor-pagador depende de definição normativa da política ambiental; em resumo, é uma decisão política. Poluidores são todas aquelas pessoas – integrantes de uma corrente consecutiva de poluidores – que contribuem com a poluição ambiental, pela utilização de materiais danosos ao ambiente como também pela sua produção (inclusive os produtores de energias) ou que utilizam processos poluidores. O endereçamento de medidas a um integrante desta “comunidade de poluidores” não pode ser deduzido automaticamente do princípio do poluidor-pagador, porém precisa (e pode) ser deduzido de pontos de vista políticos (por exemplo efetividade de objetivos, eficiência econômica e gastos administrativos etc.).

O custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano. O verdadeiro custo está numa atuação preventiva, consistente no preenchimento da norma de proteção ambiental. O causador pode ser obrigado pelo Estado a mudar o seu comportamento ou a adotar medidas de diminuição da atividade danosa. Dentro do objetivo estatal de melhora do ambiente deve, então, participar ativamente o particular. De fato o que se estaria praticando seria a Não poluição.²⁷

Consoante salientado em outro tempo, a dimensão una do Estado social alberga, com grau de paridade, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, todos responsáveis pela efetivação das políticas públicas, com o propósito de alcançar os objetivos fundamentais previstos na Carta Política.

Ao tratar da efetivação dos preceitos constitucionais, Cristiane Derani destaca a participação dos Poderes neste processo de condução, lembrando, também, que tais normas guardam força suficiente para inspirar a consecução de movimentos sociais, como segue:

A efetividade dos preceitos constitucionais não depende, contudo, pura e exclusivamente, do comprometimento e engajamento da máquina administrativa, nem tão somente da consolidação de estruturas políticas e administrativas capazes de criar condições para a implementação dos programas e objetivos contidos na norma constitucional que prescreve direitos fundamentais. Uma vez institucionalizados, os dizeres do texto constitucional possuem uma capacidade de motivar as atividades da sociedade, e seus preceitos são capazes de estimular movimentos na sociedade dos mais diversos matizes, com os mais variados efeitos, no interior dos quais a atividade legislativa, o compromisso do executivo e a decisão do judiciário representam um momento dentro da variedade de ações

²⁷ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.162.

abertas pelo caráter imperativo e vinculador daquelas expressões normativas.²⁸

Com a certeza de que o princípio do poluidor-pagador abraça também a natureza preventiva, atualmente observa-se firme atuação do Poder Judiciário, especialmente quando há omissão dos demais Poderes, no sentido de promover a responsabilidade do causador do dano e impor medidas para evitar a ocorrência ou progresso da degradação ambiental.

Daí que, conforme remansoso entendimento jurisprudencial, é possível a cumulação dos pedidos de condenação em dinheiro, reparação do dano, obrigação de fazer ou não fazer, com amparo na dicção do art. 3º da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública).

A propósito, cito dois arestos que portam as seguintes ementas, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA CERTA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3º, da CF/88, ARTS. 2º e 4º da LEI 6.938/81, ART. 25, IV, da LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. 1. A Lei 7.347/85, em seu art. 5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. 2. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral. 3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se acumulam, se for o caso. 4. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III) e submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material, a fim de ser instrumento adequado e útil. 5. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela

²⁸ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.224.

integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). [...] 9. Recurso Especial desprovido. (STJ, RESP – Recurso Especial, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ Data 31/08/2006)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO. ART. 3º DA LEI 7.347/85. CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER COM INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 2. O meio ambiente equilibrado – elemento essencial à dignidade da pessoa humana -, como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225 da CF), integra o rol dos direitos fundamentais. 3. Tem o meio ambiente tutela jurídica resguardada por princípios específicos que lhe asseguram especial proteção. 4. O direito ambiental atua de forma a considerar, em primeiro plano, a prevenção, seguida da recuperação e, por fim, o ressarcimento. 5. Os instrumentos de tutela ambiental – extrajudicial e judicial – são orientados por seus princípios basilares, quais sejam, Princípio da Solidariedade Intergeracional, da Prevenção, da Precaução, do Poluidor-Pagador, da Informação, da Participação Comunitária, dentre outros, tendo aplicação em todas as ordens de trabalho (prevenção, reparação e ressarcimento). 6. “É firme o entendimento de que é cabível a cumulação de pedido de condenação em dinheiro e obrigação de fazer em sede de ação civil pública” (AgRg no Resp 1.170.532/MG). 7. Recurso Especial parcialmente provido para, firmando o entendimento acerca da cumulatividade da condenação prevista no art. 3º da Lei 7.347/85, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que fixe o quantum necessário e suficiente à espécie. (STJ, RESP – Recurso Especial, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES, Primeira Turma, DJE Data 23/02/2011)

Quanto ao princípio do protetor-recebedor, a intervenção judicial com ele não se compatibiliza. Explico.

O princípio do protetor-recebedor tem como pressuposto a consecução de incentivos, de modo a estimular a adoção de condutas ambientais positivas.

Com a aplicação deste princípio, conquista espaço a função promocional do Direito, outrora estudada por Montoro, consoante a doutrina de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:

As novas técnicas de controle social que caracterizam a ação do Estado Social são profundamente diversas daquelas empregadas pelo Estado Liberal clássico: são cada vez mais difundidas as técnicas de estímulo e encorajamento junto, ou em substituição às tradicionais técnicas de desestímulo, e é em BOBBIO que vamos encontrar importantes subsídios sobre o tema, que desmistifica muitos dos equívocos das concepções reducionistas do Direito.
[...]

A concepção mais difundida e aceita na teoria geral do Direito contemporânea, e ainda hoje dominante, é a da função preponderantemente repressiva do Direito, representada pelo positivismo jurídico, desde AUSTIN até IHERING e KELSEN. Dentro desta ótica o Direito é caracterizado primordialmente como um conjunto de normas reforçadas por sanções negativas, e, portanto, como uma ordem coativa, estabelecendo-se um nexó necessário e indissolúvel entre Direito e coação.

[...]

No Estado contemporâneo, contudo, está cada vez mais frequente o uso de técnicas de encorajamento, de tal sorte que junto à concepção tradicional do Direito como ordenamento protetivo-repressivo, forma-se uma nova concepção do ordenamento jurídico, como ordenamento com função promocional.

[...]

A função promocional do Direito foi grandemente valorizada por MONTORO, ao propor a inserção, na estrutura lógica da norma jurídica, das consequências positivas que decorrem de seu cumprimento.

No dizer do jurista: O Direito não se limita a punir a violação de suas normas. Pelo contrário, sua tendência maior, mais moderna e mais científica é no sentido de incentivar, premiar e assegurar a execução espontânea de seus preceitos.

Coerente com seu pensamento, MONTORO formulou uma teoria mais completa e aperfeiçoada acerca da estrutura lógica da norma jurídica, de modo a nela figurarem os aspectos positivos decorrentes da observância do Direito, que significou, sem dúvida, um avanço em relação às doutrinas até então elaboradas a respeito, notadamente KELSEN e CÓSSIO.

[...]

MONTORO, como salientado, torna ainda mais completa a estrutura da norma, ao acrescentar as consequências positivas oriundas do seu cumprimento entre as perinormas. Deste modo, a proposição constituída pelas perinormas passa a ser uma disjuntiva, em que uma das alternativas é a perinorma negativa, relativa ao não cumprimento da prestação e respectivas consequências negativas; a outra alternativa é a perinorma positiva, relativa ao cumprimento da prestação e suas consequências positivas.²⁹

Com a motivação dos destinatários ao cumprimento de determinada norma será assegurada, com amplitude, a efetividade e a tutela preventiva dos direitos fundamentais, dentre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225, *caput*, da Carta Política.

A propósito do princípio do protetor-pagador, cito excerto da doutrina de Haide M. Hupffer, André R. Weyermüller e William G. Waclawovsky:

²⁹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p.45-50.

A adoção de incentivos positivos – fiscais, tributários e creditícios – tem ganhado destaque na seara ambiental, sobretudo a partir da concepção do princípio do protetor-recebedor, que dá sustentação ao Pagamento por Serviços Ambientais (PSA). Assim, é de ser remunerado – de alguma forma, seja diretamente, seja indiretamente, por meio de algum incentivo fiscal – o agente que adotou a conduta ambientalmente positiva. Essa é a essência do funcionamento dos programas de PSA.

[...]

Destarte, o princípio do protetor-recebedor atua a partir da constatação da insuficiência dos instrumentos de controle como o zoneamento e o licenciamento ambiental. Ante a insuficiência de instrumentos normativos para a tutela do ambiente, passa-se a utilizar instrumentos econômicos para a efetivação dessa tutela. Em suma, a tendência ao maior uso desses instrumentos de recompensa por serviços ambientais está associada à percepção de que o dinheiro resolve mais que leis e decretos; enfim, que mercado e economia se sobrepõem à política, à justiça e aos direitos (BORN; TALOCCHI, 2002).³⁰

Recentemente, a Lei nº 12.305/10, que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, dispôs expressamente sobre o princípio do protetor-recebedor, consoante os dizeres do art. 6º, II:

Art. 6º. São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I – a prevenção e a precaução;

II – o poluidor-pagador e o protetor-recebedor;

[...] ³¹

No mesmo sentido, a Lei 12.651/12 (novo Código Florestal), com a redação dada pela Lei nº 12.727/12, no capítulo X, estabelece programa de apoio e incentivo à preservação e recuperação do meio ambiente. O art. 41 deste diploma legal dispõe:

Art. 41. É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente

³⁰ HUPFFER, Haide M.; WEYERMÜLLER, André R.; WACLAWOVSKY, William G. Uma análise sistêmica do princípio do protetor-recebedor na institucionalização de programas de compensação por serviços ambientais. **Ambiente & Sociedade**. Programa de Pós Graduação em Ciência Ambiental (PROCAM-USP), Vol. 14, nº. 1, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2011000100006&script=sciarttext>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

³¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Brasília, 2010.

sustentável, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação:

I – pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais, tais como, isolada ou cumulativamente:

[...] ³²

Os serviços ambientais, passíveis de remuneração, devem ser prestados voluntariamente; a promoção dos recursos naturais não pode ser imposta pelo Estado.

Assim doutrinam Haide M. Hupffer, André R. Weyermüller e William G. Waclawovsky:

O que parece assente, pelo menos no atual estágio de discussão acerca da temática, é que os serviços ambientais a ser objeto de remuneração devem ser prestados voluntariamente, não sendo lícita a imposição da obrigação de promover os recursos naturais aos cidadãos, Observe-se que o disposto no art. 225, *caput*, da Constituição Federal de que se impõe ao poder público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações não pode ser concebido como uma autorização para impor, coercitivamente, aos cidadãos que adotem postura no sentido de promover os recursos naturais. O sentido da norma aludida abrange tão somente a possibilidade de o Estado coibir condutas tendentes a degradar o meio ambiente. A adoção de conduta no sentido de promover os recursos naturais sem a prévia degradação pelo agente é observada pelo Direito como um *plus*, consistindo, precisamente, no objeto do PSA, já que o Direito irá determinar a remuneração (a ser implementada pelos sistemas da Economia e Política) o *plus* exercido voluntariamente pelo cidadão. ³³

Penso que as políticas públicas devem prestigiar o princípio protetor-recebedor, de modo a estimular a conduta do cidadão mediante contrapartida, para a concretização de ações efetivas em prol do meio ambiente.

Com assento na legislação de regência, o protetor-recebedor, voluntário, promove a salvaguarda dos recursos naturais e, conseqüentemente, a preservação do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações.

³² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 12.727, de 17 de outubro de 2012**. Brasília, 2012.

³³ HUPFFER, Haide M.; WEYERMÜLLER, André R.; WACLAWOVSKY, William G. Uma análise sistêmica do princípio do protetor-recebedor na institucionalização de programas de compensação por serviços ambientais. **Ambiente & Sociedade**. Programa de Pós Graduação em Ciência Ambiental (PROCAM-USP), Vol. 14, nº. 1, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2011000100006&script=sciarttext>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

A voluntariedade, ínsita à construção do princípio do protetor-recebedor, remete a gestão ambiental ao cidadão.

O Poder Judiciário, sem poderes para legislar, não pode estabelecer regime de contrapartida para a consecução de ações positivas pelo cidadão e tampouco pode impor condutas àquele que protege para receber, especialmente em face da voluntariedade que rege este princípio.

O estímulo aqui é outro, de natureza econômica, estruturado na recompensa pelo cuidado com o ambiente, pela ação promocional.

Aos Poderes Legislativo e Executivo cabe a tarefa de estruturação e consecução do princípio do protetor-recebedor.

Em outro plano, é dever do Poder Judiciário promover a garantia do mínimo previsto na Carta Política, determinando a preservação ou reparação ambiental, para o resguardo da dignidade da pessoa humana.

Existem, pois, limites para a atuação judicial. A harmonia entre os Poderes reclama a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, especialmente na omissão, mas não pode ela (intervenção) ser fincada no espaço concebido exclusivamente aos Poderes Executivo e Legislativo, *verbi gratia*, quando se trata de remunerar para receber (protetor-recebedor).

CONCLUSÃO

O presente artigo está distante da pretensão de esgotar o tema.

Dada a amplitude e riqueza da questão aqui proposta, este ensaio guarda o objetivo de propiciar a reflexão.

De acordo com os dizeres deste trabalho, restou assentado que a Constituição da República de 1988 incorporou claramente políticas públicas. O albergue constitucional delas propicia a intervenção do Poder Judiciário para a garantia do “mínimo existencial” e resguardo da dignidade da pessoa humana.

Deveras, a política pública com raízes no texto constitucional reclama, de maneira conatural, o controle jurisdicional, haja vista a competência exclusiva do Poder Judiciário para dizer o direito e interpretar a norma posta, seja qual for o assento.

O Estado social guarda dimensão una, construída com a participação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, concebidos com grau de paridade, harmonia e independência, nos termos do art. 2º da Constituição Federal.

Com a verificação da omissão ou distanciamento quanto ao efetivo implemento das ações, metas, planos ou programas para o alcance do ideário constitucional, cabe ao Poder Judiciário promover a intervenção necessária para determinar o cumprimento do comando normativo em prol da coletividade e existência digna.

Desta forma agindo, o Poder Judiciário cumpre seu papel, propiciando a realização dos fundamentos e objetivos albergados na Carta Política, mas sempre com observância do princípio da proporcionalidade.

O controle jurisdicional, para a garantia do mínimo expressamente colhido pela Carta Política, não está sujeito à “reserva do possível”.

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição, este artigo destina capítulo específico ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225, com destaque para o dever de defendê-lo e preservá-lo, pelo poder público e coletividade, com a consagração da cláusula de responsabilidade ambiental entre as gerações.

A intervenção judicial, para a garantia dos direitos fundamentais que revelam políticas públicas, propicia o cumprimento do princípio do poluidor-pagador (que também abraça natureza preventiva), haja vista que para o resguardo do mínimo

existencial o Poder Judiciário pode promover a responsabilidade do causador do dano e impor medidas para evitar a ocorrência ou progresso da degradação ambiental.

O princípio protetor-recebedor, por sua vez, tem como pressuposto a consecução de incentivos, de modo a estimular a adoção de condutas ambientais positivas.

Com a motivação dos destinatários ao cumprimento de determinada norma será assegurada, de modo mais flexível, a efetividade e a tutela preventiva dos direitos fundamentais, dentre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A voluntariedade, ínsita à construção do princípio do protetor-recebedor, remete a gestão ambiental ao cidadão.

Sem poderes para legislar, o Judiciário não pode estabelecer regime de contrapartida para a consecução de ações positivas pelo cidadão e tampouco pode impor condutas àquele que protege para receber, especialmente em face da voluntariedade que rege este princípio.

O estímulo vinculado ao princípio do protetor-recebedor é de natureza econômica, estruturado na recompensa pelo cuidado com o ambiente, pela ação promocional.

Em resumo, há limites para o controle jurisdicional. Especialmente diante da omissão quanto à consecução das políticas públicas materializadas no plano constitucional, cabe a intervenção judicial, que não pode ser posta em espaço concebido exclusivamente para atuação dos Poderes Executivo ou Legislativo, *verbi gratia*, quando se trata do implemento do princípio do protetor-recebedor.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Cadernos [SYN]THESIS**. Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 5, nº. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília, 1981.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Brasília, 2010.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 12.727, de 17 de outubro de 2012**. Brasília, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HUPFFER, Haide M.; WEYERMÜLLER, André R.; WACLAWOVSKY, William G. Uma análise sistêmica do princípio do protetor-recebedor na institucionalização de programas de compensação por serviços ambientais. **Ambiente & Sociedade**. Programa de Pós Graduação em Ciência Ambiental (PROCAM-USP), Vol. 14, nº. 1, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2011000100006&script=sciarttext>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro, jun. 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VADE MECUM, Saraiva, 13ª. Edição, Editora Saraiva, 2012.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.