

A função jurisdicional e a proteção do meio ambiente: notas sobre o princípio do poluidor-pagador

The jurisdictional function and environmental protection: notes on the polluter-payer principle

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto*

Resumo: Com o surgimento do Estado Democrático e Constitucional de Direito, em substituição ao Estado de Direito em sua versão meramente legislativa, inúmeras foram as transformações ocorridas. Uma das mais evidentes se deu na atividade jurisdicional. Se antes o juiz era apenas a manifestação da vontade do legislador, hoje seu espaço de atuação mudou. Ganhou em autonomia e liberdade de interpretação, mas sempre tendo por objetivo um único rumo: a garantia dos direitos fundamentais. Exsurge nesse cenário sua atuação no Direito Ambiental. Com sua proteção erigida a direito fundamental, novos instrumentos foram necessários para a sua concretização. Dentre eles, destaca-se o Princípio do Poluidor-Pagador, manifestação clara e evidente de intervenção no espaço privado em nome da defesa do patrimônio coletivo.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Constituição. Função jurisdicional. Meio ambiente. Princípio do Poluidor-Pagador.

Abstract: With the emergence of the Democratic State and Constitutional of Law, replacing the State Law in its version merely legislative, many transformations have occurred. One of the most evident occurs in the jurisdictional activity. If before the judge was just the manifestation of the legislature will, today its performance space has changed. It gained in autonomy and freedom of interpretation, but always with the objective of a single direction: the guarantee of fundamental rights. And in this scenario comes to its performance

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor no curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Professor Adjunto I na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Juiz de Direito Substituto de 2º Grau no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lotado na 2ª Câmara de Direito Público. *E-mail:* franciscojneto@uol.com.br.

in Environmental Law. With their protection erected to fundamental right, new instruments were needed to achieve them. Among them, there is the Polluter-Payer Principle, clear expression and evident intervention in the private space in the name of defending the collective heritage.

Keywords: Rule of Law. Constitution. Jurisdictional function. Environment. Polluter-Payer Principle.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar as alterações promovidas na antiga estrutura do Estado de Direito, que agora se apresenta como Estado Democrático de Direito, e seus reflexos no Direito Ambiental. A preocupação central desse novo momento é a concretização das normas constitucionais, de modo que, para isso, necessária é a existência de mecanismos de concretização, ou seja, de um aparato teórico que viabilize tal pretensão. E foi justamente o que ocorreu no campo específico do Direito Ambiental, já que novos princípios surgiram, todos eles sem perder de vista a efetiva concretização dos comandos constitucionais.

Por esse motivo é que, na primeira parte do texto, dá-se uma atenção especial à função jurisdicional e à sua alteração em face da nova configuração do Estado. Fato consolidado e consumado no Direito brasileiro, é sua adesão ao Estado Democrático de Direito com todas as suas consequências, inclusive em relação à função jurisdicional, em que o juiz, de mediador de conflitos, passa a ser instrumento de garantia de direitos fundamentais.

Na segunda e derradeira parte, a abordagem é dirigida especificamente ao Direito Ambiental e um dos seus princípios que melhor demonstra a preocupação com a efetivação dessa modalidade de direito fundamental. Trata-se do Princípio do Poluidor-Pagador, o qual traz em seu cerne o rompimento das amarras impostas pelo liberalismo e a nítida e clara adesão aos postulados do Estado Democrático de Direito e a nova compreensão da jurisdição que esse aparato teórico proclama, de onde exsurge o alto poder de intervenção da jurisdição atual.

A função jurisdicional no Estado de Direito

Classicamente entendida como uma das funções do Estado e, ao lado da função executiva e da legislativa, manifestação da soberania estatal, a

função jurisdicional passou por transformações significativas no Estado Moderno.

Em um primeiro momento, quando do surgimento do Estado de Direito na sua versão de Estado de Direito Liberal,¹ o que dela se esperava era apenas e tão somente a repetição do que dizia a lei, ou seja, o juiz era então a “boca” que pronunciava as palavras da lei, exatamente como sustentavam os adeptos da teoria da separação de poderes e que nela viam a forma de fugir do absolutismo antes existente.

Tratava-se de uma fórmula em que o Direito era identificado com a lei, confiando aos Tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorreriam as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de Direito em vigor. A doutrina da separação dos Poderes está ligada a uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, a separação dos Poderes significa que há um poder, o Poder Legislativo, que, por sua vontade, fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do Poder Legislativo. Por outro lado, o Poder Judiciário diz o direito, mas não o elabora.²

Autores como Chiovenda, estudiosos do Direito Processual e que almejavam estabelecer os parâmetros da atuação jurisdicional, como bem recorda Marinoni,³ afirmavam que a jurisdição estava voltada exclusivamente à atuação da vontade concreta da lei, já que consistia “na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes,

¹ A concepção de *Estado de Direito* que se utilizará aqui é aquela apresentada por Luigi Ferrajoli e atribuída a Norberto Bobbio, que se refere a duas situações: governo *sub lege*, ou submetido a leis, e governo *per lege*, ou exercido mediante leis gerais e abstratas. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995. p. 856). Além disso, é preciso destacar que há uma tendência a identificar *Estado de Direito* com *Estado Liberal*, o que pode ser explicado não só porque os fatos históricos que dão origem a um e a outro são os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante. Assim, apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado de Direito Social, o que se verá mais adiante. (CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 93. v. I).

² PERELMAN, Chain. *Lógica jurídica*: nova retórica. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 32.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.

mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”.

Nada mais evidente e representativo de que a compreensão era no sentido do verdadeiro poder estatal estar na lei, ao passo que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador, inexistindo qualquer papel de criação na atividade do juiz.

Contudo, a verdade é que, ainda que tal concepção se mostrasse como um avanço em relação à fase anterior, em que os juízes estavam ligados e dependentes do poder absoluto e por isso mesmo também mecanismo de opressão, o que se percebeu é que essa fórmula ainda deixou espaço para o inadequado uso do poder político. Um primeiro sinal de esgotamento já havia sido sentido no final do século XIX. Naquela época, após um momento de liberalismo levado ao extremo, chegou-se a um quadro social dos mais desagradáveis em relação aos níveis de miséria e fome, indicando claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social e consolidando a concepção de que eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem da sociedade burguesa e não mais efetivamente protegidos nas regiões ainda inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam lutar para se tornar burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou, então, poderiam se rebelar.⁴

Com o objetivo de superar as dificuldades apresentadas pelo Estado Liberal, a rebeldia foi o caminho de muitos, o que fez surgir o Estado de Direito Social, formulação que tentou adaptar as bases do Estado Liberal para nele incluir os direitos sociais, revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Tinha ainda como objetivo demonstrar a incapacidade do modelo liberal clássico para resolver os difíceis e complexos problemas de uma sociedade industrializada e com novas características, como, por exemplo, a cultura de massas, a sociedade de consumo, o progresso da técnica, etc. Eram problemas que não pareciam encontrar suficiente solução com a adoção dos instrumentos e procedimentos típicos do liberalismo.⁵

⁴ HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1948*. Trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 20.

⁵ DÍAS, Elias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998. p. 103.

Compondo seu ideário, impôs-se a visão de que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um Poder Executivo forte, bem-administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar as atividades econômicas e sociais e construir um Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). De todas as suas características, a principal era o firme propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, dois elementos: 1) o capitalismo como forma de produção; e 2) a concretização de um bem-estar geral. A crença de que isso era possível constituía “el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del Welfare State”.⁶

Com isso, novas funções viriam a ser reservadas aos Estados, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes como na visão meramente liberal. Passariam a incorporar e declarar direitos sociais, prestações impostas ao Estado, que deveriam ser realizadas em favor dos mais desfavorecidos, o que representa, sem dúvida alguma, uma grande transformação na estrutura do antigo Estado Liberal, sem se transformar em Estado Proletário como nos países do chamado “socialismo real”.⁷

Contudo, com o passar dos anos, o que se apresentava como algo capaz de solucionar os problemas gerados pela crescente complexidade das relações sociais, políticas e principalmente econômicas mostrou-se insuficiente e permitiu o surgimento de reações diversas daquelas pretendidas no início das transformações políticas.

A primeira delas foi a reação marxista. Como acima colocado, o Estado Social é uma teoria crítica ao Estado Liberal burguês e a todos os seus fundamentos, o que é feito através da demonstração das contradições internas do liberalismo e da vacuidade de suas promessas. Usando esse discurso, os marxistas sustentam que o Estado é um instrumento de dominação, e que a verdadeira transformação só se dará por meio de um processo revolucionário e de uma ditadura do proletariado.⁸ Foi exatamente

⁶ DÍAS, Elias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998. p. 111.

⁷ Nas palavras de Paulo Bonavides: o Estado Social “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado Proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardenal a que não renuncia”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 184).

⁸ CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 104. v. 1.

isso que se tentou implantar com a Revolução Russa de 1917, à qual historiadores como Eric Hobsbawm dão igual importância à conferida à Revolução Francesa no século XVIII.⁹

Uma segunda reação ocorreu com os chamados *Estados Totalitários* implantados no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais do século XX. Apesar de ser um fato histórico e político de menor importância e de curta duração, merece atenção por partir de uma concepção substantiva de poder que o localiza não em uma classe social, como é o caso do liberalismo ou do marxismo; coloca o poder em uma elite, o que justifica a ideia de superioridade de um indivíduo sobre a massa, além da valorização de princípios como personalidade, autoridade, ortodoxia e exclusividade.¹⁰

Se, de início, o que se pretendia era a superação do Estado Liberal, logo se percebeu – especialmente em função de sua fraqueza teórica – que não se tratava de superação alguma, mas apenas e tão somente de um “enmascaramiento de los peores defectos e inconvenientes de éste, agravados además como consecuencia de su organización totalitaria del poder”.¹¹

Além disso, o exame das suas principais características demonstra que não se tratava de uma nova teoria ou concepção de Estado, mas de uma remodelação das bases do Estado Liberal com as seguintes adaptações:¹² 1) inseriu-se uma ideologia oficial com caráter de dogma, implantada à força; 2) fomentou-se a apatia política, o que ocorreu em consequência da inferioridade das massas em relação ao *poder intelectual* das elites; 3) os direitos e as liberdades decorriam apenas e tão somente do Estado, submetidos às suas conveniências e interpretações; 4) consolidou-se a figura de líder político como detentor do poder constituinte; 5) estabeleceu-se uma organização, partido político ou não, funcionando como corrente de transmissão entre governante e governado; 6) criou-se um aparato policial a serviço da ideologia dominante, com a função de impedir qualquer divergência ideológica com aquele dogma; e, por fim, 7) o Estado

⁹ HOBBSBAMW, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. de Marcos Santarrita; rev. téc. de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 62.

¹⁰ CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 106. v. 1.

¹¹ DÍAS, Elias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998. p. 57.

¹² CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 107. v. 1.

se organizou de forma hierárquica e piramidal com os Poderes Legislativo e Judiciário reduzidos a órgãos a serviço da ideologia oficial.¹³

Pois bem! Evidentes são as dificuldades e deficiências que o modelo político apresentado na Revolução Francesa estava esgotado, tornando urgente a necessidade de um sistema político em que as minorias também fossem protegidas das vontades da maioria.

Luigi Ferrajoli bem sintetiza isso ao recordar a expressão “Há juízes em Berlim”, no sentido de que, em situações como aquelas vividas, a esperança passava pela ideia de que

debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución. Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es unicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales.¹⁴

A resposta a esse reclamo passou pela resignificação do termo *democracia*, antes entendida unicamente como vontade da maioria. Supera-se a compreensão do Estado de Direito, seja liberal, seja social, em especial sua essência: um Estado de Direito meramente legislativo, com adesão ao império da lei e ainda confundindo vontade da maioria com democracia.

¹³ Elías Díaz acrescenta: “A pesar de todas sus protestas demagógicas y ‘revolucionárias’, la verdad es que el facismo continúa siendo capitalismo. Su crítica al individualismo y al abstencionismo liberal no alcanza y no pretende alcanzar el centro de esos mecanismos, que no es outro que ese capitalismo y esa burguesía. Al contrario, lo que hace es eliminar el obstáculo que para éste había llegado a representar el liberalismo a causa de la posible evolución y apertura de los sistemas liberales hacia la democracia y el socialismo. Evolución y apertura, en gran parte, impuesta por las exigencias de la nueva clase, el proletariado”. (DÍAS, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998. p. 57).

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Andrés Perfecto Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 27.

A função jurisdicional no Estado Democrático de Direito

A boa novidade do século XX é o surgimento do Estado Democrático de Direito com sua marca fundamental, qual seja, a busca de um grau de juridicidade superior, no caso, a Constituição, documento colocado no centro de uma estrutura política, de onde irradia toda a sua força normativa. Inúmeras são as mudanças que daí decorrem, a começar pela jurisdição, que deixa de ser entendida como mera manifestação da vontade do legislador. O juiz, nesse novo modelo, adquire uma liberdade maior, desprendendo-se das amarras que o forçavam a identificar lei com direito/justiça. Com as Constituições preocupando-se com declarações de direitos fundamentais também de ordem social, e ainda a concepção em torno dos princípios e sua normatividade, ficou insustentável a percepção da jurisdição unicamente como manifestação da vontade expressada na lei. Acima dela instalou-se um documento superior, com força vinculante e que trata de temas que até então não eram considerados em Cartas Magnas.

Para melhor compreender a construção desse novo modelo teórico, é preciso destacar que a vinculação formal, ou seja, a validade de uma lei deixa de ser aferida exclusivamente pelo seu aspecto formal. É preciso, também, observar e atentar para a sua validade material, o que somente é possível com a distinção de dois modelos de Estado de Direito:¹⁵ de um lado, o Estado de Direito em sentido fraco (apenas formal) e, de outro, o Estado de Direito em sentido forte (também substancial). No primeiro ele será apenas e tão somente um poder conferido pela lei e exercido na forma e no procedimento previstos, ao passo que, no segundo (sentido forte ou substancial), ele será entendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto à sua forma, mas também em relação ao seu conteúdo.¹⁶

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995. p. 856.

¹⁶ Nas palavras de Ferrajoli, no caso do primeiro (formal), designa ele “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”, ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa “sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”. (FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 13). Importante é registrar que, na visão de Ferrajoli, Estado de Direito em sentido forte ou substancial não é o mesmo que Estado Constitucional de Direito, já que a existência do primeiro não exige a presença de uma Constituição formal. Requer, sim, a submissão da lei a princípios normativos ligados às liberdades fundamentais e à separação de Poderes, o que pode ocorrer sem a presença de uma Constituição. Contudo, de qualquer sorte, o que se tem é que mudam, em consequência,

A partir dessa separação, é possível buscar a transformação necessária para a superação da anterior ideia de Estado de Direito e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento, já que essa divisão (a par das alterações na Teoria do Estado e na Teoria do Direito) importa a definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado Legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade.¹⁷

A introdução desse novo modelo e de seus novos instrumentos produz significativas alterações. Com o constitucionalismo rígido, dá-se a subordinação das leis aos princípios constitucionais, operando-se a introdução de uma dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à essência da democracia, já que ela passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

Surge o chamado *Novo Constitucionalismo* (ou Neoconstitucionalismo), teoria que tem como objetivo principal proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de crescente importância do texto constitucional e das normas nele inseridas. É bem verdade que a palavra *neoconstitucionalismo* tem sido empregada em variados sentidos e aplicada de modo um tanto confuso, apesar do claro objetivo de indicar distintos aspectos de uma possível nova cultura jurídica. Mas, apesar disso, pode-se dizer que são três as designações principais para o termo: 1) Constitucionalismo como certo tipo de Estado de Direito; 2) Constitucionalismo como Teoria do Direito que serve para explicar esse novo modelo; e 3) Constitucionalismo como ideologia que irá justificar ou defender a fórmula política assim designada.¹⁸

as condições de validade das leis, já que se tornam “dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales”, e também o estatuto epistemológico da ciência jurídica, “a la que la possible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto”. (FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 18).

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 14.

¹⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 123.

Das três, merece destaque, neste momento, a primeira das concepções apresentadas, qual seja, Constitucionalismo compreendido como um modelo de Estado de Direito em sentido forte ou substancial (para usar as palavras de Luigi Ferrajoli). Nele se evidencia a inegável centralidade da Constituição como resultado da convergência de duas tradições jurídicas. De um lado, como regra do jogo das competências social e política, guarda o acordo de mínimos que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos, a fim de que sejam eles, em um espaço democrático e igualitário, “quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico”.¹⁹ De outro, a compreensão da Constituição como a encarnação de um projeto político bem-articulado, geralmente como o programa diretivo de uma empreitada que visa à transformação social e política.

Essas duas concepções (como regra do jogo e como projeto político) refletem os dois grandes momentos de construção do Constitucionalismo ocidental e agora aparecem juntas, podendo-se afirmar que, se é correto que, no primeiro caso, o objetivo da Constituição seja determinar quem manda, como manda e até onde vai seu poder – em outras palavras, se o objetivo é o controle absoluto do poder –, no segundo caso, é condicionar o que deve ser objeto do exercício do poder de mando, ou seja, qual é a orientação política para as matérias nela previstas.²⁰

O resultado disso será um Constitucionalismo voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito. Para tanto, afirmará o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo,²¹ processo que – ao seu final – se apresentará como um autêntico

¹⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 124.

²⁰ Segundo as palavras de Luis Prieto Sanchís, “sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta donde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias”. (SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 126).

²¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006. p. 20.

“câmbio genético” do antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito.²²

No que toca à jurisdição, evidente é a impossibilidade de mantê-la como no Estado Legislativo de Direito, já que agora, com a complexidade do ordenamento jurídico e sua estruturação não mais unicamente sob o aspecto formal, mas também sob o aspecto substancial, o juiz tem também a função de atentar para a constitucionalidade da lei sob esse duplo aspecto, ou seja, sua função passa a ser aplicar a lei somente se ela for constitucionalmente válida e cuja interpretação e aplicação são sempre, por isso mesmo, “un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad”.²³

É inafastável a compreensão de que há uma ampliação do espaço decisório, situação típica do Estado Democrático de Direito.

Afinal, se antes o juiz ficava limitado à busca de soluções para os conflitos que se desenrolavam no espaço privado, quando o uso da lei era privilegiado, confundida que era ela (a lei) com o conceito maior de justiça, agora (com o Estado Democrático de Direito), sua atuação é outra, passando ele a julgar conforme os critérios de justiça plasmados na Constituição, os quais são apresentados por meio de princípios e regras.

Assim, não há dúvida de que, como bem diz Marinoni, se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra de balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.²⁴

Evidentemente que tal concepção gera dificuldades, que estão ligadas especialmente ao poder de construção do juiz a partir do sistema normativo e dos fatos emanados do caso concreto, sempre com um único objetivo: tutelar os direitos fundamentais.

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 33.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 18.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 104.

Daí sua função atual como instrumento de garantia dos direitos fundamentais, podendo-se então dizer que este é o novo papel da jurisdição: é consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado Contemporâneo.²⁵

A previsão constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

As mudanças ocorridas na estrutura do Estado de Direito, as quais resultaram no aparecimento e na consolidação do Estado Democrático de Direito, ressignificando a concepção de *democracia*, produziram reformulações em todas as estruturas jurídicas. Seja no Direito Material (substancial), seja no Direito Formal (processual), tudo foi alterado a fim de adaptar-se à nova estrutura jurídica e política do Estado, já que o reconhecimento de novos direitos necessitaria, por certo, de novos instrumentos para sua materialização. Os tempos eram outros. Em lugar das declarações de direitos, havia a preocupação com a efetivação desses mesmos direitos.²⁶

E foi justamente isso que aconteceu com o Direito Ambiental e, de modo mais específico, com a principiologia que o alimenta e as concepções que se criaram, nunca perdendo de vista a necessidade de que os direitos declarados em torno desse tema ganhassem a realidade. O ponto de partida foi a constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua elevação à categoria de direito fundamental. É a partir daí que, situado em idêntico patamar dos demais direitos fundamentais, há condições de gerar as necessárias vinculações para sua estrita observância.²⁷

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 140.

²⁶ No dizer de Paulo Bonavides, “o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, a nosso ver, em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. Por este aspecto, muito avançou o Estado Social da Carta de 1988”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 373).

²⁷ A doutrina classifica-os como direitos fundamentais de terceira geração. São aqueles que se despreendem da figura do indivíduo (e por isso calcados na fraternidade e na solidariedade), e inseridos como direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação.

Diz o art. 225 da Constituição da República: “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.”

A esse respeito, José Rubens M. Leite é categórico ao afirmar que

o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se insere ao lado do direito à vida, à igualdade, à liberdade, caracterizando-se pelo cunho social amplo e não meramente individual. Se o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, o que significa para todos essa qualificação? Significa que, para a efetividade desse direito, há necessidade de participação do Estado e da coletividade, em consonância com o preceito constitucional. O Estado, desta forma, deve fornecer os meios instrumentais necessários à implementação deste direito.²⁸

Foi com a Constituição de 1988 que o Brasil alcançou o Estado Democrático de Direito, daí decorrendo todas as consequências, dentre elas a colocação dos princípios em patamar diferenciado em relação às regras, dando-lhes a força vinculante necessária para a produção de resultados no campo fático, deficiência antes sentida em relação aos direitos fundamentais. Afinal, o tratamento dado aos princípios constitucionais e, em especial, aos princípios que norteiam o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, foi decisivo na consolidação da estrutura hoje existente e que tem alterado comportamentos e contribuído decisivamente para a consolidação dos direitos incrustados na ordem jurídica atual.

E quando se fala em *princípios*, importante é destacar que vários são evidentemente os significados possíveis para a palavra. Contudo, um ponto é comum a todas elas: um *princípio* designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma idéia-mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, do qual todas as demais

²⁸ MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 87.

ideias, pensamentos ou normas se derivam, a ele se reconduzem e/ou se subordinam.

Em termos jurídicos, um dos conceitos mais utilizados é o de Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem o princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁹

No caso do princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, não há dúvidas também que se trata de elemento central, mas sem desconsiderar que dele derivam outros tantos princípios (ou subprincípios), os quais são fundamentais para o adequado manejo do sistema de proteção.

E quem nos apresenta uma série deles é Édis Milaré,³⁰ apontando os seguintes: Princípio da Solidariedade Intergeracional; Princípio da Natureza Pública da Proteção Ambiental; Princípios da Prevenção e da Prevenção; Princípio da Consideração da Variável Ambiental no Processo Decisório de Políticas de Desenvolvimento; Princípios do Controle do Poluidor pelo Poder Público; Princípio do Poluidor-Pagador; Princípio do Usuário-Pagador; Princípio da Função Socioambiental da Propriedade; Princípio da Participação Comunitária e Princípio da Cooperação Entre os Povos.

O Princípio do Poluidor-Pagador

Não desconsiderando a importância de cada um, mas objetivando destacar as alterações ocorridas na atividade jurisdicional, é de se destacar o Princípio do Poluidor-Pagador (*Polluter Pays Principle*) e o tratamento que a jurisprudência tem lhe dispensado. A seu respeito, afirma a doutrina que sua base é formada pela natural vocação redistributiva do Direito Ambiental, vale dizer, há uma evidente primazia do interesse coletivo de forma a não permitir que apenas parte do grupo suporte os danos. O

²⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545.

³⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.066.

objetivo é fazer com que se inclua, nos custos do produto, o resultado dos danos ambientais, o que deverá ser levado em conta pelos agentes econômicos.

Ainda a esse respeito, diz Antônio Herman Benjamin que tal princípio está na ordem do dia da formulação de políticas de proteção do meio ambiente. É quase uma expressão mágica capaz de eliminar todos os males ambientais. Virou *slogan* dos diversos setores preocupados com a tutela ambiental, daí decorrendo, por certo, as nem sempre concordantes definições e interpretações que provoca. Todo dano ambiental, queiramos ou não, gira em torno do Princípio do Poluidor-Pagador, já que é esse que orienta – ou deve orientar – sua vocação redistributiva, ou seja, sua função de enfrentamento das deficiências do sistema de preços. Por trás desse princípio está a pergunta: Quem paga pelos danos ambientais? O Estado – e, a partir dele, todos os contribuintes – ou o próprio poluidor?³¹

Como se vê, é um princípio constitucional que contrasta diretamente com outros direitos fundamentais e igualmente previstos na Constituição Federal, como é o caso do direito de propriedade e de liberdade econômica (livre iniciativa), fundamentos do Estado Liberal e do Liberalismo Econômico. Tal característica acentua a necessidade de novos instrumentos e da inadequação do antigo Estado Legislativo de Direito para dar conta do seu atendimento.

A esse reclamo atendeu a jurisprudência brasileira, firmando-se de modo claro orientação no sentido de que

pacífica a jurisprudência do STJ de que, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938D 1981, o degradador, em decorrência do *princípio do poluidor-pagador*, previsto no art. 4º, VII (primeira parte), do mesmo estatuto, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar – por óbvio que às suas expensas – todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, conseqüentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acerto da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do *status quo ante* ecológico e de indenização. (STJ, Resp 769.753/SC, julgado em 08.09.2009).

³¹ BENJAMIN, Antônio H. V. O Princípio Poluidor-Pagador e a reparação do dano ambiental. In: _____ (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993. p. 226-227.

A consequência disso é a consideração que se trata de responsabilidade objetiva com a adoção da Teoria do Risco Integral, ou seja, não há que se indagar a respeito de culpa, bastando o exercício de atividade que implique riscos para o meio ambiente, situação que decorre do disposto no art. 225 da Constituição brasileira de 1988.

Considerações finais

As transformações ocorridas e que denunciaram a incapacidade do Estado de Direito, em sua versão meramente legislativa, para dar conta de assegurar os direitos da minoria, foram fundamentais para a consolidação de uma série de novos direitos. Esses, apesar de antes reconhecidos como direitos naturais, jamais encontraram espaço para sua positivação e/ou sua efetivação.

Ao se inaugurar um Estado Democrático de Direito, como a colocação das Constituições no centro de uma ordem normativa, de onde irradiam sua força vinculante, surgiram as condições para tanto. O juiz, que antes era apenas e tão somente um mediador de conflitos assume novas funções e passa a ser determinante na consolidação desse quadro, já que lhe é reservado o papel de instrumento para a garantia de direitos fundamentais.

Nesse passo, merece destaque o Direito Ambiental e um dos seus princípios fundamentais, qual seja, o Princípio do Poluidor-Pagador, que traz consigo não só a preocupação com a reparação integral do dano, mas também – e fundamentalmente – a atribuição da responsabilidade pelo pagamento dos danos causados àquele que lucrou com a atividade indevida.

Não se pode deixar de lado que, em nosso sistema, as atividades produtivas têm como objetivo central a obtenção de lucro, não refletindo os critérios de justiça social introduzidos em nosso sistema constitucional a obtenção desse lucro à custa da coletividade, razão pela qual necessária é a existência de princípios que autorizem a quebra do paradigma da intangibilidade do espaço privado (e do lucro) em nome da defesa do patrimônio coletivo.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 769.752-SC. 2ª Turma. Julgado em 08.09.2009. Relator Ministro Antonio Herman Benjamin.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.
- CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. v. 1.
- DÍAS, Elias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 18-42.
- _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Andrés Perfecto Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.
- _____. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- BENJAMIN, Antônio H. V. O Princípio Poluidor-Pagador e a reparação do dano ambiental. In: _____ (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993. p. 63-88.
- HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. de Marcos Santarrita; rev. téc. de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- _____. *A era das revoluções: Europa 1789-1948*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Processo de conhecimento*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed., rev. e atual. reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PERELMAN, Chain. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: M. Fontes, 1999.

SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.