



A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto¹

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 dá na atividade jurisdicional, tendo o juiz ganhado em autonomia e liberdade de interpretação, mas sempre tendo por objetivo 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 sua concretização. Entre 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.

1 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 a existência de

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Professor Adjunto I da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Juiz de Direito Substituto de 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lotado na 2ª Câmara de Direito Público (e-mail: franciscojneto@uol.com.br).

mecanismos de concretização, ou seja, de um aparato teórico que viabilize esta 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 para a função jurisdicional e 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, que traz em seu cerne o rompimento das amarras impostas pelo liberalismo e a clara adesão aos postulados do Estado Democrático de Direito e à nova compreensão da jurisdição que este aparato teórico proclama, de onde exsurge o alto poder de intervenção da jurisdição atual.

2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL: DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

2.1 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, à época do surgimento do Estado de Direito na sua versão de Estado de Direito Liberal², o que dela se esperava era apenas e tão somente a

² 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. v. 1. p. 93.).

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 decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor. A doutrina da separação dos poderes é 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.³

Autores como Chiovenda, estudiosos do direito processual e que almejavam estabelecer os parâmetros da atuação jurisdicional, como bem recorda Marinoni⁴, afirmavam que a jurisdição era voltada exclusivamente para a atuação da vontade concreta da lei, já que consistia “na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, 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, na qual os juízes eram ligados ao poder absoluto e dele dependentes e, por isso mesmo, também mecanismo de opressão — o que se percebeu é que esta 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, o que indicava claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social e consolidava a concepção de que:

³ PERELMAN, Chain. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 32.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.

[...] 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 tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar.⁵

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 liberalismo⁶.

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 a atividade econômica e social 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*”⁷.

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”⁸.

⁵ HOBBSAWM, Eric J. *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. p. 20.

⁶ DÍAS, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998. p. 103.

⁷ Id., 1998. p. 111.

⁸ 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

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 proletariado⁹. Foi exatamente isso que se tentou implantar com a Revolução Russa de 1917, à qual historiadores como Eric Hobsbawm dão importância igual à conferida à Revolução Francesa no século XVIII¹⁰.

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 se justifica pela ideia de superioridade de um indivíduo sobre a massa, além da valorização de princípios como personalidade, autoridade, ortodoxia e exclusividade¹¹.

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.*”¹²

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 adaptações¹³: 1) inseriu-se uma ideologia oficial com caráter de dogma, implantada à força; 2) fomentou-se a apatia política, o que ocorreu em

sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 184).

⁹ CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. v. 1. p. 104.

¹⁰ HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 62.

¹¹ CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. v. 1. p. 106.

¹² DÍAS, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998. p. 57.

¹³ CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. v. 1. p. 107.

consequência da inferioridade das massas em relação ao “poder intelectual” das elites; 3) os direitos e liberdades decorriam apenas e tão somente do Estado, submetidos a 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, que funcionava 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 se organizou de forma hierárquica e piramidal com os poderes legislativo e judiciário reduzidos a órgãos a serviço da ideologia oficial.¹⁴

Pois bem. Eram evidentes as dificuldades e deficiências que demonstravam que o modelo político apresentado na revolução francesa estava esgotado, o que tornou 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:

[...] deve 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 em 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 absolució n. 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 únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales.¹⁵

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.

¹⁴ Elias Díaz acrescenta: “a pesar de todas sus protestas demagógicas y ‘revolucionarias’, 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, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998. p. 57).

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Andrés Perfecto Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 27.

2.2 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, da qual irradia toda a sua força normativa. Inúmeras 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 atentar para a sua validade material, o que somente é possível com a distinção de dois modelos de Estado de Direito¹⁶: 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 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 a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo¹⁷.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995. p. 856.

¹⁷ 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 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, 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 posible 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*

A partir dessa separação, torna-se 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 na 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 neopositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade¹⁸.

A introdução desse novo modelo e seus novos instrumentos produzem 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 esta 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 um 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 designada¹⁹.

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 da competência social e política, guarda o acordo de mínimos que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos

del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 18).

¹⁸ Id., 2005, p. 14.

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. 123.

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*”²⁰. De outro, tem-se 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 previstas²¹.

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 processo²², processo que – ao seu final – se apresentará como um autêntico “câmbio genético” do antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito²³.

No que toca a jurisdição, evidente 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 a função de atentar também para a constitucionalidade da lei sob esse duplo aspecto, ou seja, sua função passa a ser a de aplicar a lei somente se ela for constitucionalmente válida. Por isso mesmo, a interpretação e aplicação da lei são sempre “*un*

²⁰ Id., 2005. p. 124.

²¹ 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).

²² CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006. p. 20.

²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 4. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002. p. 33.

*juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad*²⁴.

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 e onde 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.²⁵

Evidente que tal concepção gera dificuldades, as quais 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.

Daí sua função atual como instrumento de garantia dos direitos fundamentais, podendo-se então dizer que esse novo papel da jurisdição: é consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado Contemporâneo²⁶.

3 A PROTEÇÃO AMBIENTAL E A FUNÇÃO JURISDICIONAL

3.1 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 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-

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 18.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 104.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 140.

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 agora eram outros. Em lugar das declarações de direitos, havia a preocupação com a efetivação desses mesmos direitos²⁷.

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 deste 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 observância²⁸.

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, Morato 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.²⁹

Foi com a Constituição de 1988 que o Brasil alcançou o Estado Democrático de Direito, daí decorrendo todas as consequências, entre elas a colocação dos princípios em patamar diferenciado em relação às regras, dando-lhes a força vinculante necessária para a

²⁷ 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).

²⁸ 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, à comunicação).

²⁹ Leite, Jose Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 87.

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 destacar que vários são evidentemente os significados possíveis para essa palavra. Contudo, um ponto é comum a todas elas: um “princípio” designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamento ou normas se derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Em termos jurídicos, um dos conceitos mais utilizados é o de Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem 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.”³⁰

No caso do princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, não há dúvidas também de 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 Milaré³¹, apontando os seguintes: princípio da solidariedade intergeracional; princípio da natureza pública da proteção ambiental; princípios da prevenção e da precaução; 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.

³⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545.

³¹ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. ver. atual. reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1066.

3.2 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 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 seu respeito, diz Herman Benjamin que tal princípio:

[...] esta na ordem do dia da formulação de políticas de proteção ao 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 poluidor-pagador, já que é este que orienta – ou deve orientar – sua vocação redistributiva, ou seja, sua função de enfrentamento das deficiências do sistema de preços. Por trás do princípio poluidor-pagador esta a pergunta: quem paga pelos danos ambientais? O Estado – e, a partir dele, todos os contribuintes – ou o próprio poluidor?³²

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 6.938/1981, 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

³² BENJAMIN, Antônio Herman. 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.

fins de accertamento da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do *status quo ante* ecológico e de indenização. (BRASIL, 2009).

A consequência disso é a consideração de 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 de 1988.

4 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. Estes, apesar de antes reconhecidos como direito natural, jamais encontraram espaço para a 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 irradia 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 deste quadro, já que lhe é reservado o papel de instrumento para a garantia de direitos fundamentais.

Nesse passo é que 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, alcançado à custa da coletividade, não refletindo os critérios de justiça social introduzidos em nosso sistema constitucional. Por essa razão, é necessária 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.

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: NOTAS SOBRE EL PRINCIPIO DEL POLUIDOR-PAGADOR

RESUMEN

Con el surgimiento del Estado Democrático y Constitucional de Derecho, en sustitución al Estado de Derecho en su versión meramente legislativa, varias fueron las transformaciones ocurridas. Una de las más evidentes se da en la actividad jurisdiccional, teniendo el juez ganado una autonomía y libertad de interpretación, pero siempre teniendo por objetivo la garantía de los derechos fundamentales. Surge en ese escenario su actuación en el derecho ambiental. Con su protección erigida a derecho fundamental, nuevos instrumentos fueron necesarios para su concretización. Entre ellos, se destaca el principio del contaminador-pagador, manifestación clara y evidente de intervención en el espacio privado en nombre de la defensa del patrimonio colectivo.

Palabras clave: Estado Democrático de Derecho. Constitución. Función jurisdiccional. Medio Ambiente. Principio del contaminador-pagador.

JUDICIAL FUNCTION AND ENVIRONMENTAL PROTECTION: NOTES POLLUTERS-PAYER

ABSTRACT

With the emergence of the Democratic and Constitutional Law, replacing the Democratic State in its merely legislative version, many transformations have taken place. One of the most obvious it happens in the jurisdictional activity, where the judge has gained in autonomy and freedom of interpretation, but always with the objective of guaranteeing fundamental rights. It arises from this scenario its performance in environmental law. With its protection erected to fundamental right, new instruments were needed for its implementation. Among these, it detachs the polluter-payer principle, which is a clear and obvious private sphere intervention in the name of the collective heritage defense.

Keywords: Democratic State. Constitution. Jurisdictional Function. Environment. Polluter-Payer Principle.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 769.752-SC**, da 2ª Turma, Relator: Ministro Antônio Herman Benjamin, Brasília, DF, 08 de setembro de 2009.

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.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Andrés Perfecto Ibáñez e Andrea Greppi, 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

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

BENJAMIN, Antônio Herman. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HOBSBAWM, Eric J. **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.

_____. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**, Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do processo**. 5. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PERELMAN, Chain. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins 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**. 4. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.