



A IMPORTÂNCIA DA CONSCIÊNCIA AMBIENTAL NAS DECISÕES JUDICIAIS QUANDO USADAS A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE EM VISTA DA SUSTENTABILIDADE – AS DECISÕES DO TJSC SOBRE RECUOS MÍNIMOS QUE DEVEM SER RESPEITADOS PARA APP À MARGEM DE LEITOS D'ÁGUA EM ÁREA URBANA CONSOLIDADA¹

Juliano Cesar Zanini*

RESUMO

O Meio Ambiente é o local onde convivem ser humano, fauna, flora, bem como formas culturais e artificiais, convivência esta que deve ser harmônica. Por sua vez, o Direito Ambiental é ramo autônomo introduzido pelo Direito Internacional e aderido individualmente pelo ordenamento de cada país na busca das garantias fundamentais à vida e à qualidade dela. Cada vez mais os direitos ambientais ganham importância, e tem-se criado uma supervalorização das questões ambientais, que merecem, por certo, grau maior e adequado de visualização e proteção pelo legislador. Contudo, é na aplicação das garantias legais que surgem as maiores interrogações, pois a lei nunca conseguirá, por si, suprir as necessidades oriundas das causas postas em juízo. Conciliar direitos conflitantes entre questões ambientais e questões individuais é um dos atributos mais difíceis para os operadores do Direito, sejam eles integrantes de órgão legislador, julgador ou administrativo. Como princípios norteadores, em toda e qualquer decisão judicial, devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fontes do equilíbrio, da ideia de justiça e do bom senso, uma vez que a norma rígida e inflexível não pode prever tudo que diz respeito à proteção do meio ambiente, à vida, isso aliado à precaução e à prevenção em matéria ambiental. Assim, em prol da sustentabilidade, incorporando o sentido global dessa ação, algumas decisões judiciais podem, em casos excepcionais, fixar metragem diferente daquela estabelecida por algumas leis para

¹ Artigo inspirado pela disciplina *Engenharia Social, Transnacional e Sustentabilidade*, ministrada na Universidade do Vale do Itajaí, em setembro de 2012, com a participação do professor visitante Dr. Gabriel Real Ferrer (UA/Espanha).

* Técnico Judiciário. Atualmente ocupa o cargo de Assessor de Gabinete junto à Vara da Fazenda Pública da Comarca de Itajaí-SC. Pós-graduado, em nível de Especialização, pela Universidade do Vale do Itajaí em Direito Tributário (2007). É aluno do Curso de Mestrado na Univali.

APP à margem de cursos d'água, com base em outras normas, equacionando interesses e pesando princípios.

Palavras-chave: Meio ambiente. Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Decisões judiciais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo e análise a importância dada à consciência ambiental pelos operadores do direito, por meio da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no Direito Ambiental, principalmente no tocante à aplicação de metragem mínima de recuo a ser respeitada em Áreas de Preservação Permanente (APP²) que estão ao longo de rios e córregos, para exploração imobiliária em áreas urbanas consolidadas. Para tanto, o trabalho está dividido três tópicos.

No primeiro deles, intitulado “Qual é o meio ambiente que as leis ambientais visam proteger? – do papel do julgador nas questões ambientais”, busca-se conceituar o que vem a ser meio ambiente, ressaltada sua importância na atualidade. Consequentemente pondera-se sobre a necessidade de sua proteção na condição de direito humano fundamental, a merecer olhar mais atento e apurado por parte do Judiciário, que deverá equacionar da melhor maneira possível as questões relacionadas ao meio ambiente. Observam-se as modificações posturais do Judiciário quando do pós-positivismo, momento em que o juiz passou a ser o instrumento valorativo de garantia da justiça e do bem comum, ao dar interpretações principiológicas à aplicação da lei no proferir decisões, as quais repercutem diretamente na vida das pessoas.

No segundo subtítulo, analisa-se a razoabilidade e a proporcionalidade enquanto princípios utilizados para fundamentar decisões ambientais e como se apresentam no direito nacional no que tange a conceito, origens, importância. Por fim, trazem-se a razoabilidade e proporcionalidade como princípios norteadores de causas ambientais. Lembra-se a existência de outros dois princípios aplicáveis às questões ambientais, quais sejam, o da prevenção e o da precaução, absorvidos pela Constituição Brasileira, tendo em vista a conferência Rio 92. Traçam-se, assim, considerações sobre a aplicação ou não dos referidos princípios, observadas a razoabilidade e a proporcionalidade, em lides ambientais que envolvam questões de “recuo ambiental”, o qual deverá ser estabelecido para ocupação às

² As Áreas de Preservação Permanente (APP) são aquelas áreas protegidas nos termos dos arts. 2º e 3º do Código Florestal. O conceito legal de APP relaciona tais áreas, independente da cobertura vegetal, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade e o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (SCHÄFFER et al., 2011).

margens de rios, córregos ou leitos d'água. Nesse item são analisadas decisões principalmente da Corte catarinense, que tem aplicado tal princípio em questões ambientais sobre o assunto.

Assim, é sob esse enfoque e com essa estrutura que se constrói o presente artigo. O tema é atual e relevante, e o objetivo deste trabalho é puramente reflexivo.

Na primeira fase de pesquisa, especificou-se o referente (PASOLD, 2011, p. 81-82) como: “qual a consciência ambiental que deve ter o julgador ao apreciar as questões ambientais em razão da existência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade?”. Na segunda fase da investigação, realizou-se a fundamentação acerca da possibilidade de utilização de princípios razoáveis e proporcionais para adequar caso a caso leis ambientais e interesse de construção em áreas confrontadas com as APP margeadoras de rios, córregos e leitos d'água.

Já na terceira fase de pesquisa, foram correlacionados os fundamentos da fase de investigação, o que levou à quarta fase, qual seja, a de relatório de pesquisa, que aponta para um exame da base teórica e faz uma reflexão acerca da necessidade de um ordenamento jurídico forte e de decisões coerentes que busquem efetivar a preservação do meio ambiente, bem como a necessidade de formação de magistrados sensíveis e conscientes da problemática ambiental na prestação da tutela jurisdicional. Na quinta fase de pesquisa, foi realizada a avaliação do produto científico.

Para a percepção geral do referente e para a construção deste artigo científico, foi utilizada a base lógica do método indutivo (PASOLD, 2011, p. 86).

2 QUAL É O MEIO AMBIENTE QUE AS LEIS AMBIENTAIS VISAM PROTEGER? – DO PAPEL DO JULGADOR NAS QUESTÕES AMBIENTAIS

A noção do que vem a ser meio ambiente ainda é complexa, mas tem-se aperfeiçoado nesses últimos anos, nos quais as preocupações com as questões ambientais mostram-se mais intensas, com marcos importantes, como a Conferência de Estocolmo (1972), a ECO-92, a Conferência de Johannesburgo (2002) e, mais recentemente, a RIO+20 (2012). Por meio desses encontros, relativos às questões ambientais, esses assuntos ganharam importância em nível global e vêm merecendo, por certo, uma cuidadosa atenção dos operadores do direito e legisladores, que voltam seus olhares ao meio ambiente (ZANINI, 2014, p. 49-50).

Silva (1994, p. 36) ressalta que:

[...] a proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa garantir justamente uma qualidade de vida, como um mecanismo de garantia de um direito humano fundamental, em cuja nova projeção do direito à vida se há de inserir.

Assim, vê-se que o direito ambiental é tido como fundamental e diretamente relacionado à vida.

Portanto, há que se entender que o direito ambiental não está somente para o ser coletivo – humanidade –, mas também está para o ser individual – homem –, enquanto preserva a vida em sentido amplo. Por isso o indivíduo nesse contexto é merecedor de inúmeras outras proteções fundamentais que estão diretamente ligadas ao meio ambiente, como moradia, urbanização, saúde, lazer, renda, etc.

Para Silva, o significado da expressão “meio ambiente” deve ser o mais amplo possível, abrangendo todos os aspectos que influenciem, de alguma maneira, os seres bióticos e abióticos, sob quaisquer de suas formas, visto que:

O meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais (SILVA, 2002, p. 20).

Cristiane Derani, em sua obra intitulada *Direito Ambiental Econômico*, conceitua o termo “meio ambiente”, dizendo que ele:

[...] deriva do movimento da natureza dentro da sociedade moderna: como recurso-elemento e como recurso-local. Não somente a natureza “bruta” em sua forma primitiva é meio ambiente. [...] É um conceito que deriva do homem e a ele está ligado, porém o homem não o integra. O fato de o homem não constituir o conceito de meio ambiente não significa que este conceito seja menos antropocêntrico; muito pelo contrário, ele mostra exatamente o poder de subordinação e dominação do mundo exterior objeto de ação do “eu ativo”. Isso significa que o tratamento legal destinado ao meio ambiente permanece necessariamente numa visão antropocêntrica, porque essa visão está no cerne do conceito de meio ambiente. (DERANI, 1997, p. 75).

Mesmo com base nessa análise superficial, pode-se afirmar que o meio ambiente representa muito mais do que as abrangências legais poderiam traduzir ou prever; ele está inserido na própria condição humana e em sua relação com o meio em que se vive. A proteção, portanto, deve estar diretamente ligada ao “ser”, que é dependente de inúmeras outras garantias fundamentais, as quais devem ser harmonizadas pelo Estado.

Nessa consciência mundial, como afirma Bodnar (2006, p. 1), “o Poder Judiciário desempenha um papel cada vez mais relevante na concretização do direito fundamental em busca de um meio ambiente saudável e equilibrado, papel este que deve ser realizado com idealismo, criatividade e responsabilidade social”. Os direitos não surgem do nada, são advindos de reivindicações sociais, não somente individuais, mas também coletivas, das implicações das ações humanas sobre pessoas e bens. Foi assim que surgiram os direitos humanos fundamentais, pelas disputas valorativas dos grupos sociais, que em choque fizeram surgir os direitos humanos – para lembrar HONNETH (2003, p. 248). Assim o direito ambiental, na condição de preceito fundamental, já advém de choque, de conflitos que devem ser equacionados pelo Estado.

Peculiaridades e casos complexos demandam uma posição criteriosa e sábia por parte do julgador. E são as decisões judiciais que devem servir ao equilíbrio quando surgem os conflitos de interesses. Mas, para que isso ocorra, haverá a necessidade de um juízo imparcial, comprometido com a ideia de justiça, com aporte moral e consciente das problemáticas ambientais, e que reconheça seu papel na ordem de direito fundamental.

Pode-se dizer que a diretriz fundamental ambiental é estabelecida pela Constituição Federal no art. 225³, que impõe o dever de preservação ao Estado e à sociedade. A par disso,

³ 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

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

§ 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.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

CRUZ; BODNAE (2012, p. 84), no tocante aos desafios judiciais dessa harmonização, dizem que:

O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, possui a função proeminente de fazer valer este comando constitucional e também o dever fundamental de fomentar a defesa e a proteção do meio ambiente [...]

A sociedade de risco apresenta importantes desafios para a jurisdição, principalmente por demandar uma nova racionalidade jurídica já que também denuncia as limitações da dogmática tradicional e do saber isolado ou pertencente a um único campo do conhecimento humano. Esta nova realidade exige também novas estratégias de governança transnacional e de produção do Direito que devem articular eficazmente as esferas pública e privada e os contextos econômicos e sociais necessariamente integrantes das novas demandas e dos conflitos hipercomplexos da modernidade [...]

É concretizando os direitos fundamentais e em especial o direito de todos ao meio ambiente adequado que o magistrado estará legitimando a sua atuação diante da sociedade.

Não há como apartar as decisões judiciais do julgador, nem se furtar da lógica que toda decisão levará algo dele, pessoal, de sua sensibilidade para cada caso.

As lides em torno das questões ambientais dependerão, em muito, das interpretações dos julgadores e do comprometimento deles com a vida em sentido amplo, e com o conhecimento maduro do que vem a ser *meio ambiente*, aliado a uma ideia sólida das reivindicações e consolidações históricas. Ao Poder Judiciário – enquanto guardião dos interesses e direitos fundamentais – é reservado um papel de vital importância. “À jurisdição ambiental, enquanto mecanismo de afirmação dos valores e princípios constitucionais ecológicos e da ordem jurídica, incumbe a tarefa de fomentar a mudança positiva dos comportamentos dos poderes públicos” (CRUZ; BODNAR, 2012, p. 88).

Como retratado, o juízo de valores entre as normas estabelecidas historicamente dependerá sempre da interpretação daquele que é colocado no papel de análise das lides ambientais, seja ele juiz, promotor, advogado ou órgão administrativo de proteção.

A par disso, importa perceber que a corrente moderna do pensamento jurídico já não concebe mais a simples aplicação da norma rígida, dura e inflexível como solução aos conflitos. Foi no final do século XVIII e início do século XIX, que o Estado Absolutista – rígido e regido pela força – começou a ruir, dando início ao Estado marcado pela Revolução Francesa. Nesse período inicial, durante a criação dos *Estados Constitucionais*, visava-se silenciar a força dos juízes, forçando-os a um julgamento estritamente legal, positivista,

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

baseado apenas no que os enunciados das leis diziam, as quais nem sempre representavam os interesses da vida em sentido amplo.

Segundo Norberto Bobbio (1995, p. 133), com base nesses ideais revolucionários, que miravam retirar o poder das imposições dos monarcas, é que surge o positivismo jurídico. Esse positivismo foi marcado pela norma escrita que até hoje dá a ilusão, a muitos, da propalada *completude e coerência*. Grande expoente da teoria positivista é Hans Kelsen (1960), que tentou idealizar um conjunto de procedimentos, a fim de evitar, justamente, o caráter valorativo das normas.

Em que pesem as boas intenções das teorias kelsianas, a valoração passou a ser indispensável aos operadores do direito, principalmente ao julgador. Um dos motivos da necessidade de adequação e posição não estritamente positivada é, por exemplo, a existência de normas conflitantes, sejam elas de caráter ambiental ou individual, em confronto com a própria ineficiência legislativa, dados os conflitos ambientais postos hoje.

Destaca-se na atualidade – e pode ser concebido como novo – o que tem sido consagrado por Ronald Dworkin, expoente de uma teoria baseada na valoração das raízes fundamentais das normas positivadas, basilares à hermenêutica jurídica. Destaca o citado autor (em que pese se reconhecer estar ele estabelecido sobre outras bases exemplificativas de direito) que “os juízes deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito” (DWORKIN, 2007, p. 25), todavia, admite-se que esse ideal ainda é utópico. Não se está defendendo aqui uma atitude ativista do juiz, mas a possibilidade de ajustes que podem ocorrer sobre as bases legais. Lenio Streck (2008, p. 315), crítico das projeções de Dworkin, afirma que aquilo que esse autor procurava fora do direito nós já temos inserido na Constituição, a qual traz forte carga valorativa, que pode e deve ser usada.

Montarroyos (2012), em artigo no qual comenta a obra “Império do direito”, retrata a importância que Dworkin dá às interpretações principiológicas do direito e ao juiz, considerando este último – o Julgador – o instrumento valorativo, responsável moral e político pela garantia estatal da justiça e do bem comum, podendo-se dizer o grande agente da razoabilidade ou proporcionalidade, senão vejamos:

Em nossa hipótese de trabalho, o existencialismo do conceito de integridade recomenda ao juiz que ele valorize o tempo presente como fonte imediata de inspiração jurídica e não mais exclusivamente o passado ou futuro conforme propõem o convencionalismo e o pragmatismo jurídicos em casos difíceis ou obscuros. Do ponto de vista moral, o desafio do conceito de integridade consiste fundamentalmente em orientar a realização da justiça e da equidade de forma

simultânea, evitando que a maioria da comunidade tome decisões injustas sobre os direitos individuais no julgamento ou efetivação das políticas públicas (DWORKIN, 2007, p. 214-215). Consequentemente, o juiz nesse quadro hipotético possui não só responsabilidade técnica, mas também moral e política sobre a garantia da justiça e do bem comum em relação aos cidadãos e à comunidade nacional. Além disso, no aspecto democrático "cada ponto de vista deve ter voz no processo de deliberação, mas a decisão coletiva deve, não obstante, tentar fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade" (ibid., p. 217). De acordo ainda com Dworkin (ibid., p. 228), uma sociedade que aceita a integridade como virtude política "se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva". Para se defender o princípio legislativo da integridade, por exemplo, "devemos defender o estilo geral de argumentação que considera a própria comunidade como um agente moral" (ibid., p. 227).

O que se ressalta, sem se entrar nas divergências de Dworkin e nas críticas às suas teorias, é a possibilidade de o juiz realizar, moralmente, a justiça, por reconhecer a importância das questões ambientais.

O Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior (2012) – em artigo publicado justamente sobre o papel do juiz na prevenção e na reparação do dano ambiental, com destaque à Declaração de Buenos Aires, da XVI Cumbre Iberoamericana, conferência que fixa diretrizes pertinentes e diretas àqueles que farão julgamento das questões ambientais – destaca quatro elementos de sustentação das decisões, entre os quais a *sensibilização ambiental*, assim afirmando:

Mas os juízes não podem agir sozinhos. Não fazem mágicas nem milagres. Precisam de ferramentas institucionais que amparem e instrumentalizem sua atuação em matéria de meio ambiente, principalmente por intermédio de quatro elementos que vão dar sustentação à sua atuação jurisdicional, a saber: (a) processo legal suficiente; (b) organização judiciária adequada, com distribuição racional de competências; (c) legitimação ampla, assegurando participação pública em matéria de ações e conflitos ambientais; (d) constante capacitação e sensibilização ambiental dos juízes e servidores judiciários [...] Diz a Declaração de Buenos Aires que: "*É importante que juízes com competência específica para julgamento de ações ambientais tenham oportunidade de desenvolver a criatividade e a sensibilidade necessárias para conduzir e julgar essas ações, recebendo formação multidisciplinar e atualização constante em áreas relevantes para julgamento dessas ações ambientais, inclusive abrangendo conhecimentos não jurídicos (sociologia, economia, ecologia, antropologia, filosofia)*". Embora o juiz more em sua comarca, ele também deve conhecer o mundo e outras formas de vida para decisões justas e criativas em benefício da sociedade, das gerações futuras e da proteção ao meio ambiente. Por isso, sempre que possível, o juiz deve ter possibilidade e ser estimulado a participar de cursos, congressos e programas de intercâmbio para juízes, envolvendo direito ambiental e áreas correlatas do conhecimento. É importante que o Judiciário organize e mantenha atualizada rede de cooperação judicial em matéria ambiental, permitindo acesso facilitado a bases de dados, boas práticas e jurisprudência sobre questões ambientais. É importante que as boas práticas em matéria de justiça ambiental sejam mapeadas, divulgadas e colocadas à disposição de todos os juízes [...] Diz a Declaração de Buenos Aires que: "*É importante que todos os juízes, ainda que não julguem diretamente ações ambientais, recebam noções de educação ambiental e tenham formação apropriada para desempenhar o cargo conforme*

princípios de sustentabilidade e de utilização racional dos recursos materiais colocados à sua disposição” (grifo nosso).

Verifica-se, desse modo, que independentemente do princípio ou da regra a ser utilizada na resolução dos conflitos ambientais, deve-se ter em mente, sempre, a importância do julgador e de seu comprometimento moral, mormente quando se fala em estabelecer critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Há que se ter em mente, consecutivamente, a importância do *meio ambiente* e o comprometimento moral de se estabelecer, em cada decisão, a equidade, com amplo conhecimento da grandeza do que se visa proteger nas causas ambientais, tarefa complexa, obviamente. Assim, pode-se dizer que o meio ambiente que as leis visam proteger é aquele que respeita o ser humano acima de tudo e seus interesses voltados à vida em sentido amplo, sempre com direcionamento ao bem comum, que quando em conflito deve ser equacionado pelos operadores do direito.

Como orientam Barroso e Barcellos (2003, p. 44), a nova interpretação constitucional, vigente hoje no país, assenta-se em um modelo de princípios, que devem ser aplicados mediante ponderação, “cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto”. Assim, “nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação”.

3 DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, convém dizer que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade se confundem, apesar de terem bases distintas e, por esta razão, não podem ser tratados como sinônimos.

Celso Antônio Bandeira de Melo entende que a proporcionalidade trata de uma das facetas do princípio da razoabilidade⁴. Tanto um quanto outro visam a equidade.

Desde os tempos primitivos o homem procurou o equilíbrio e a justiça, o que fez com que Rodrigues inferisse que “a idéia de proporcionalidade remonta aos tempos antigos, confundindo-se com a própria noção de direito. Desde a época de Talião, almejava-se alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito” (RODRIGUES, R. M. B., 2005, p. 107).

⁴ “Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é faceta senão do princípio da razoabilidade” (MELLO, 1999).

A proporcionalidade remonta aos séculos XII e XVIII, quando, na Inglaterra, com o surgimento das teorias jusnaturalistas – que procurava distinguir com base na razão prática o razoável e o irrazoável –, viu-se necessário punir adequadamente e de acordo com a gravidade dos delitos. Essa concepção veio definida na primeira carta constitucional da Inglaterra, de 1215, e percebe-se que visava o controle de aplicação penal. Guerra Filho (2000, p. 48-81) esclarece que se abre a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade nas mais diversas searas do direito, o que é consolidado pelo Tribunal Alemão Ocidental, que definiu o princípio⁵. Como destaca Cretton (2001, p. 65), o reconhecimento do princípio se deu sob a seguinte diretiva:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.

E foi assim que a “proporcionalidade”, como fonte de direito, foi recepcionada por outros países europeus que incluíram isso em suas cartas constitucionais. Na Constituição Brasileira não há respaldo explícito ao seu uso, mas não se nega sua existência enquanto princípio, até porque o § 2º do artigo 5º diz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”. Hoje esse princípio da proporcionalidade é muito aplicado pelos julgadores nas questões ambientais, talvez pelas isenções doutrinárias de Alexy (1997, p. 111), para quem, inclusive, tratar-se-ia de regra da proporcionalidade, como comenta Luís Virgílio Afonso da Silva (2002), o que demandaria estudo próprio. No caso, pode-se perceber a inserção do princípio da proporcionalidade no contexto nacional. Segundo Helenilson Cunha Pontes (2000, p. 51):

O conteúdo jurídico-material do princípio da proporcionalidade decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A proporcionalidade, como princípio jurídico implícito do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral).

⁵ Nesse sentido expõe Canotilho (1998, p. 259-260): “o princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima supra-positiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (Übermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional”.

Já a razoabilidade remonta às questões do devido processo legal, que também tiveram origem na Europa, por meio da cláusula *Law of the land* – inscrita também na Magna Carta, de 1215, primeira constituição forjada na Inglaterra –, termo traduzido para o direito norte-americano como *due process of Law* (devido processo legal), conforme explica Barroso (2003, p. 154-155). Ricardo Aziz Cretton (2001, p. 40-44), reportando-se a toda a evolução do termo “razoabilidade”, diz que este foi inserido no direito americano ao lado da isonomia e da igualdade. Luís Roberto Barroso (2003, p. 201) também discorre sobre a evolução da aplicação da razoabilidade no direito norte-americano, distinguindo bem suas fases: a primeira, em que o princípio se revestiu de caráter estritamente processual, e uma segunda, de cunho substantivo, que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional implementado no controle dos arbítrios legais e discricionários do Estado, pelo qual se procedia ao exame racional e razoável. O princípio da razoabilidade é, segundo Barroso, mais fácil de ser sentido do que conceituado. Pare ele, “o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar” (BARROSO, 2003, p. 224).

Assim, pode-se perceber que, apesar das similitudes, esses conceitos, traduzidos hoje como princípios do direito, foram consolidados em momentos distintos. Percebe-se também uma distinção entre eles e o que representam no direito moderno. A proporcionalidade seria composta por três elementos parciais, também tidos como subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁶. Assim, tem-se que tanto a proporcionalidade – com maior evidência do direito material brasileiro, dada a influência constitucional alemã – como a razoabilidade estão inseridas no direito nacional e tendem a ser utilizadas com maior frequência no futuro, em vista das questões transnacionais.

Independentemente de serem tratados como sinônimos ou autônomos, enquanto princípios, importa observar, como sugere Barroso, que deve haver o aproveitamento desses princípios como aparelhos de interpretação constitucional, como premissas conceituais,

⁶ Robert Alexy (1997, p. 111) ensina que o princípio da proporcionalidade pode ser contemplado em três princípios parciais: a) da adequação, b) da necessidade ou do meio mais benigno e c) da proporcionalidade em sentido estrito. Preceitua: “la máxima de la proporcionalidad, com sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”.

metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta (BARROSO, 2003, p. 298).

Na compreensão de Humberto Ávila, “a proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim)”. Já o princípio da razoabilidade deve ser utilizado “[...] na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória”. Assim, “o exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles” (ÁVILA, 2007, p. 146).

Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 69) destaca que os dois princípios são diversos na origem e em sua destinação; para ele, enquanto o princípio da razoabilidade teria uma função negativa (não ultrapassar os limites do juridicamente aceitável), o princípio da proporcionalidade seria assinalado por uma função positiva (demarcar aqueles limites, indicando como se manter dentro deles).

Mas apesar das distinções, Pontes (2000, p. 85-90) concorda que há pontos de contato entre ambos os princípios, como, por exemplo, a sua utilização hermenêutica, sem deixar de notar a diversidade conceitual entre eles. Ainda destaca que seriam quatro as diferenças, a saber:

a) a decisão que aplica a proporcionalidade exigiria motivação racional de maior dimensão (adequação, conformidade e necessidade); b) a razoabilidade prescindiria da correlação meio-fim, enquanto a aplicação da proporcionalidade consubstanciaría notadamente tal juízo relacional, diferindo ambas, pois, pelo conteúdo; c) distinguir-se-iam ainda pela natureza, sendo a razoabilidade princípio hermenêutico e a proporcionalidade, além disto, princípio jurídico material; e d) suas funções eficaciais seriam distintas, posto que a razoabilidade possui a função de bloqueio, e a proporcionalidade também possui a função de resguardo.

Alexandre de Moraes, acerca do assunto, ensina que o princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios e os fins, levando-se em conta critérios racionais e coerentes. Assim elucidada o autor:

[...] O princípio da razoabilidade não deve ser confundido com um dos critérios utilizados para sua aplicação, qual seja, a proporcionalidade. [...] Portanto, o que se exige do Poder Público é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como na aplicação de medidas restritivas e sancionadoras; estando, pois, absolutamente interligados, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A proporcionalidade, portanto, deve ser utilizada como parâmetro para se evitarem os tratamentos excessivos (ubermassig), inadequados (unangemessen), buscando-se sempre no caso concreto o tratamento

necessário exigível (erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig), como corolário ao princípio da igualdade [...] (MORAES, 2003, p. 368-369).

Caio Tácito, por sua vez, assim argumenta sobre "a razoabilidade das leis":

A rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade. A noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e os fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico.

A vontade do legislador, como da autoridade administrativa, deve buscar a melhor solução e a menos onerosa para os direitos e liberdades, que compõem a cidadania. A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade. Protegendo direitos e liberdades contra a incongruência de leis injustas, não devem os juízes ingressar em desvio equivalente, convertendo-se em legislador alternativo, tão desarrazoado quanto o condenável despautério legislativo' (TÁCITO, 1996, p. 6-7).

Portanto, pode-se concluir que a atribuição ao Judiciário do controle de leis mediante juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade, a fim de equacionar valores relevantes à vida e ao meio ambiente, já que estritamente correlacionados, o que só é possível por meio de consciência ambiental, ou seja, do engajamento com o meio ambiente por meio de estudo.

4 PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO COMO PRINCÍPIOS NORTEADORES DE CAUSAS AMBIENTAIS SOB CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

A aplicação principiológica ganha maior destaque nas questões ambientais na atualidade, pois tais matérias jurídicas têm sido travadas no âmbito supra e transnacional. Gabriel Real Ferrer, em artigo apresentado aos alunos do mestrado da Universidade do Vale do Itajaí no ano de 2012, intitulado *Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho*, faz menção às importantes modificações no âmbito jurídico e defende a importância das convenções internacionais, tratando justamente da necessidade de adequação nacional diante da já presente transnacionalidade das questões ambientais, as quais, segundo este estudo sustenta, deverão esbarrar no judiciário e, sem dúvida, na diversidade de ordenamentos, o que torna necessárias as ponderações com base nos princípios da

razoabilidade e proporcionalidade. Gabriel Ferrer, ao discorrer sobre a nova estrutura que se apresenta para resolução dos conflitos transnacionais, entre os quais estão os ambientais, afirma que o juiz não poderá ficar apático a essas questões e às regras que decorrem de um universo de normas:

[...] en el espacio transnacional actuarán nuevos órdenes jurisdiccionales en paralelo a los nacionales aplicando un conjunto de ordenamientos jurídicos interconectados en “combinaciones dinámicas, incluso volátiles”. La proliferación de Cortes y Tribunales internacionales de naturaleza arbitral o jurisdiccional es cada día mayor y los asuntos en los que intervienen son cada día más numerosos y de creciente importancia. Estas instancias no son ya la justicia del Rey o de la República, sino de la comunidad internacional, en algunos casos, como el Tribunal Penal Internacional, de la conciencia planetaria. Lo cierto es que los mecanismos de resolución de conflictos, tanto entre estados, como entre corporaciones, instituciones o particulares van a seguir proliferando en el ámbito global aplicando ordenamientos poco formalizados y cambiantes. Aplicarán un derecho esférico de consolidados principios generales pero de normas contingentes. Pero lo que ya vemos y se verá aún más, es que ese derecho transnacional será aplicado por jueces y tribunales nacionales. En efecto, en la resolución de conflictos intersubjetivos, incluso generados en el interior de un estado y con sujetos nacionales, el juez no podrá ser ajeno a las reglas que rigen en el espacio transnacional. La resolución, una buena resolución, deberá ser acorde con el *corpus* jurídico que en el ámbito global da respuesta a ese concreto tipo de conflictos, obligando al operador a integrarlo y compatibilizarlo con el Ordenamiento nacional. (FERRER, 2012, p. 16).

Conforme salienta Bessa Antunes (2007, p. 32-33), o Direito Ambiental, diferentemente das outras áreas do conhecimento jurídico, “é dotado de uma fortíssima característica que é a transdisciplinar, pois não reconhece as fronteiras entre diferentes campos do saber humano. As diversas áreas do conhecimento humano estão diretamente envolvidas e relacionadas com o direito ambiental e por conseqüência a toda sua legislação aplicável”.

Assim, como se sustenta, sendo impossível à norma concreta abarcar todas as nuances das questões ambientais, é mister que o direito ambiental seja pautado em princípios sólidos, que possibilitem ao julgador uma construção ideária do justo e equânime, de modo a formar parte jurídica e dogmática do sistema de normas, constituindo o início normativo do desdobramento de um problema. Dentro dos princípios de proteção ambiental, consagrados nacionalmente, destaca-se o da *prevenção* e da *precaução*, os quais foram absorvidos constitucionalmente graças a Conferência Internacional da ONU/Rio 92, que em seu princípio número 15^{o7} tratou de ambos. Estes estão ligados diretamente ao *evitar riscos*.

⁷ “Para que o ambiente seja protegido, será aplicada pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental”.

A precaução e a prevenção são, por assim dizer, os principais nortes das questões ambientais como princípios distintos. Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 204-208) diz que:

O princípio da precaução não é a mesma coisa que o princípio da prevenção. Se a diferença semântica não parece ser muito clara, o mesmo não se dá quando a comparação recai na natureza e teleologia desses princípios. Há uma diferença fundamental entre o que se pretende por intermédio da precaução e o que se quer pela prevenção.

A prevenção privilegia a intenção de não se correr riscos, e a precaução é tomada mesmo sem saber se existem os riscos. Assim podemos definir que "o princípio da precaução é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de ter certeza de que estas não serão adversas para o meio ambiente. E evidente, entretanto, que a qualificação de uma intervenção como adversa está vinculada a um juízo de valor sobre a qualidade da mesma e a uma análise de custo/benefício do resultado da intervenção projetada" (ANTUNES, 2007, p. 35). Além disso, "o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras" (MILARÉ, 2011, p. 1.071).

Enuncia a Corte de Justiça do Estado de Santa Catarina:

[...] os princípios da precaução e prevenção sugerem que o mero risco de dano ao meio ambiente é suficiente para que sejam tomadas todas as medidas necessárias a evitar a sua concretização. Isso decorre tanto da importância que o meio ambiente adquiriu no ordenamento constitucional inaugurado com a Constituição de 1988 quanto da irreversibilidade e gravidade dos danos em questão, e envolve inclusive a paralisação de empreendimentos que, pela sua magnitude, possam implicar em significativo dano ambiental, ainda que este não esteja minuciosamente comprovado pelos órgãos protetivos [...] (Medida Cautelar n. 014446, Rel. Des. Denise Arruda, AI n. 2009.035880-5, Des. Vanderlei Romer).

Ao que se vê, seja pela antecipação ou prevenção, ambos os princípios têm em comum o objetivo de se evitar danos ambientais. Esses princípios norteadores das questões ambientais devem estar pautados em critérios anteriores, que só podem ser definidos por meio de outros princípios: o da razoabilidade e da proporcionalidade. Ainda que se entenda pela preponderância das questões ambientais sobre outras, os julgadores só poderão antecipar-se à proteção diante de sólidas afirmações, a fim de não interferirem de maneira irracional em outros direitos de igual solidez.

Observa-se, segundo alguns doutrinadores⁸, que cada vez com mais frequência a justiça se depara com demandas pontuais flexionadas essencialmente pela precaução e pela prevenção em grau de extrema generalidade, de sorte a pretenderem, pelo receio de qualquer ação humana, a manutenção ambiental. Contudo não é a razão de ser desses instrumentos, vocacionados, no plano ontológico, a mediar a atividade humana e a preservação do meio ambiente, a exigir a necessária avaliação técnica ou a visível necessidade de medidas de impacto, e não o exercício da mais ampla presunção.

Assim, a razoabilidade e proporcionalidade antecederão, pela lógica, até mesmo os princípios ambientais que forem consagrados. Cita-se, como exemplo, julgado do Tribunal de Justiça catarinense, que, pautado na razoabilidade, deixa de aplicar a invocação da precaução:

Conquanto imprescindível a proteção do meio ambiente, não se mostra razoável a demolição de propriedade que, não revela, por sua existência, risco de degradação ambiental, contexto em que o discurso da precaução assume apenas apelo retórico, sem observar o primado da dignidade humana, sobretudo por desconsiderar a existência, no mesmo local, de modesta porém tradicional comunidade, sem prova de alteração do bioma local no decorrer da ocupação, bem como por se cuidar em tese de propriedade há décadas em posse da família, e de considerável estrutura (inclusive com fornecimento de energia elétrica). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.057002-7, da Capital, Rel. Des. Ricardo Roesler, j. 19-07-2011) e em igual sentido⁹.

A proteção ao meio ambiente deve ocorrer de forma prolongada e, especialmente, preventiva, eis que a natureza do bem ambiental avoca esta tutela, primando-se sempre pela preservação e precaução, para que este bem de suma importância seja preservado à presente e às futuras gerações. Assim, como o exemplo citado acima, em que pese ser indispensável a análise de qualquer causa ambiental, a precaução e a prevenção devem ser igualmente pesadas sob vários critérios no que tange à sustentabilidade, inferindo, por óbvio, valor menor do que o da vida, por exemplo. Por isso, importa serem pensados sob os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, que emergem como base de qualquer direito.

Ainda, é inegável que o princípio da precaução visa a concretizar outro fundamento basilar do direito ambiental, qual seja, o do desenvolvimento sustentável. Vê-se, portanto, que é por meio da utilização dos referidos princípios que se devem nortear quaisquer decisões ambientais, em coesão, que deverá ser feita pelo judiciário, o que pode ser observado nos casos abaixo.

⁸ Paulo Afonso Leme Machado (2002, p. 55 e 71-72); Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 28-29); Édís Milaré (2004, p. 144-145).

⁹ Estado de Santa Catarina Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.029244-6, da Capital. Rel. Des. Ricardo Roesler. Julgado em 31-05-2011. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.

5 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA CATARINENSE NOS CASOS DE LIMITAÇÃO DA ÁREA DE APP AO LONGO DE LEITOS D'ÁGUA, CÓRREGOS OU RIOS COMO MEDIDA DE SUSTENTABILIDADE

Conciliar direitos conflitantes relativos a questões ambientais e questões individuais é um dos atributos mais difíceis para o operador do direito. Como princípio fundamental, em toda e qualquer decisão judicial, deverão fazer-se presentes a razoabilidade e a proporcionalidade.

No âmbito nacional, o Brasil se defronta com legislações diversas, que, por vezes, resguardam as mesmas questões ambientais no âmbito federal, estadual e municipal. Inserido nesse mundo de normas, está o ser humano, que deve adequar-se. E entre a diversidade mencionada está, justamente, a questão da metragem que deve ser resguardada (APP) ao longo dos leitos d'água, rios e córregos, para possibilitar a ocupação humana.

O confronto entre normas editadas que regulam um mesmo objeto ambiental relacionado às APP ao longo de cursos d'água pode ser visualizado, por exemplo, na leitura comparada da Lei n.º 6.766/79 e n.º 10.932/04 (que tratam do parcelamento do solo urbano municipal da cidade de Itajaí-SC), da Lei Estadual n.º 14.675/09 (que institui o Código Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina) e das Leis n.º 7.803/89 e n.º 12.651/12 (Antigo e Novo Código Florestal) – isso sem adentrar-se em possíveis normas regulamentares ou de direito internacional.

A Corte de Justiça catarinense, quando deparada com a diversidade dessas normas, utilizou-se da razoabilidade e proporcionalidade, o que pode ser apreciado na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.012751-4¹⁰, da lavra do Desembargador Jaime Ramos,

¹⁰ Do acórdão se extrai valiosas lições sobre o assunto: "ALEXANDRE DE MORAES, acerca da razoabilidade e da proporcionalidade, ensina: 'o princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades - administrativas ou legislativas -, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.[...] O princípio da razoabilidade não deve ser confundido com um dos critérios utilizados para sua aplicação, qual seja, a proporcionalidade. [...] Portanto, o que se exige do Poder Público é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como na aplicação de medidas restritivas e sancionadoras; estando, pois, absolutamente interligados, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A proporcionalidade, portanto, deve ser utilizada como parâmetro para se evitarem os tratamentos excessivos (ubermässig), inadequados (unangemessen), buscando-se sempre no caso concreto o tratamento necessário exigível (erforderlich, unerlässlich, undening notwendig), como corolário ao princípio da igualdade [...]'(Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 368/369). [...] Na lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, perfeitamente aplicável à tutela jurisdicional em causa, 'o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza

que não se furtou do dever de usar esses princípios para melhor compor a lide que lhe era posta. Discutia-se justamente o direito individual de utilizar da propriedade para edificar moradia e contrapartida às exigências impostas por normas ambientais. Destaca-se:

Considerado o conflito reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d'água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela, em atenção a cada caso concreto¹¹.

A situação concreta, aqui considerada, não é incomum na cidade de Itajaí – que é tomada por grande malha hidrográfica – e decorre do fato de que inúmeros terrenos no perímetro urbano são cortados por córregos d'água ou estão às margens do rio que corta a cidade. As legislações ambientais fixam um recuo mínimo para erigir distante às margens, o que acaba por vezes impedido o uso da propriedade. As exigências de recuo mínimo não podem ser no todo ignoradas, pois a proteção das encostas tem relevante papel, todavia surge um grave conflito de interesses no que tange à exploração, muitas vezes ligadas a moradia, também essencial à vida.

a administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não por critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução.’ (Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 81 - negrito apostro). CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, discorrendo sobre a prerrogativa judicial de controlar a razoabilidade e a racionalidade das normas, registra: ‘releva atentar, aqui, para a imperiosa necessidade de controle jurisdicional sobre o merecimento das classificações normativas, em particular no quanto respeita à sua *razoabilidade* e *racionalidade*, eis que não é suficiente, para a validade dos atos materialmente legislativos, a simples observância do processo constitucional ou legal pertinente à sua formação’ (O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 160). Mais adiante: ‘[...] julgar se uma norma criadora de classificação jurídica é, ou não, racional e razoável, ou seja, se os fins a que almeja são, ou não, adequadamente servidos pelos meios que estabelece, pode importar em aparente troca de papéis entre o legislador e o juiz, de tal sorte que este último, a pretexto de interpretar e aplicar o ato normativo à luz da Constituição, profira julgamento autônomo sobre o que deva ser uma norma racional ou razoável a disciplinar os interesses em confronto na relação litigiosa. De fato a apreciar a arbitrariedade das leis, o Judiciário está, no fundo, declinando o seu próprio ponto de vista a respeito do que deva ser uma lei racional e razoável (...). De outro lado, é também verdadeiro, e até mesmo indispensável, que num sistema equilibrado de partilha de competências institucionais alguém, além do editor normativo, deva ter autoridade para concluir acerca de racionalidade e razoabilidade das regras jurídicas sempre que for questionada lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador’. (Ob. cit. 215/216). Nem se argumente, como sustenta LUIZ GUILHERME MARINONI ‘que não nos podemos valer do princípio da proporcionalidade porque ele não está previsto no sistema constitucional brasileiro. Acontece que, para poderem ser aplicados, os princípios não precisam estar previstos nos textos normativos. Como diz José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios beneficiam-se de uma objetividade e presencialidade normativa que os dispensam estarem consagrados expressamente em qualquer preceito’ (A antecipação da tutela. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 229/230)’.

¹¹ ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.092623-4, de. Rel. Des. Jaime Ramos. Julgado em 31-05-2012. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 1º dez. 2012.

Segundo pesquisadores do Comitê Itajaí¹²:

a cobertura florestal natural das encostas, dos topos de morros, das margens de rios e córregos existe para proteger o solo da erosão provocada por chuvas, permite a alimentação dos lençóis d'água e a manutenção de nascentes e rios, e evita que a água da chuva provoque inundações rápidas (enxurradas). A construção de habitações e estradas sem respeitar a distância de segurança dos cursos d'água acaba se voltando contra essas construções como um bumerangue, levando consigo outras infraestruturas.

Assim, para equacionar esse problema, tendo em vista que o direito a moradia também está inserido entre as garantias fundamentais do ser humano, usa-se da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se alguns fatores preponderantes. Entre esses, em vista da importância das questões ambientais, está a análise da área afetada, a verificação da importância do leito para a cidade, a existência ou não de vegetação nativa de margem a ser preservada, bem como espécies nativas dependentes, descaracterização urbana por tubulações e desmatamento anterior, possibilidade de menor aproveitamento construtivo em prol do meio ambiente em terrenos maiores, entre tantas outras coisas que podem mitigar ou maximizar a importância e os ajustes necessários em cada decisão. Num segundo momento, deve-se estabelecer uma metragem *non eadificandi* a preservada, mesmo que em fração menor que aquela estabelecida por normas regulamentadoras, sem que se deixe de assegurar a proteção e a preservação ambiental.

Isso pode ocorrer, em tese, mesmo depois da edição das diretivas do Novo Código Florestal, que fixa metragens sem observar características próprias de cada região e sem considerar as diferenças pontuais, inclusive largura do córrego ou rios (fixa-se a distância de 30, 50 ou 100 metros). A Corte catarinense entende possível a análise proporcional e a aplica, mesmo após a edição do Novo Código Florestal:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA AMBIENTAL PARA CONSTRUÇÃO DE HABITAÇÃO MULTIFAMILIAR. TERRENO SITUADO NAS PROXIMIDADES DE RIO, MAS EM REGIÃO INTENSAMENTE URBANIZADA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DESCARACTERIZADA. APLICAÇÃO DO RECUO MÍNIMO DE 15 METROS (LEI N. 6.766/79), NÃO O DE 30 METROS (LEI N. 12.651/12). PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. SENTENÇA CONCESSIVA DE SEGURANÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Considerado o conflito reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d'água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios

¹² Criação do código ambiental catarinense: uma reflexão sobre as enchentes e deslizamentos – publicado em 29.11.2008 – Disponível em: <http://www.comiteitajai.org.br/hp/index.php?secao=43&id_not=75>. Acesso em: 10 jun. 2014.

da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela, em atenção a cada caso concreto".(TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.092623-4, de Itajaí, Rel. Des. Jaime Ramos , j. 31-05-2012).¹³

Vide também:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE LICENÇA AMBIENTAL PRÉVIA NEGADO, DIANTE DA NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DE 30 METROS DO CORPO D'ÁGUA, CONFORME DISPÕE O ART. 2º, 'A', 1, DO CÓDIGO FLORESTAL. INAPLICABILIDADE. IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA URBANA INEQUIVOCADAMENTE CONSOLIDADA. INCIDÊNCIA, NO CASO, DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, PARA DETERMINAR O AFASTAMENTO DE 5 METROS AO LONGO DO CÓRREGO. SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM MANTIDA. APELOS E REMESSA DESPROVIDOS. "Considerado o conflito reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d'água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela, em atenção a cada caso concreto" (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.092623-4, de Itajaí, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 31-05-2012).¹⁴

Nesse passo, como se viu, coube ao julgador, quando da formação do seu convencimento, considerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que não fosse imposta obrigação, restrição ou sanção além da efetivamente necessária à proteção dos direitos e interesses dos litigantes. No julgado acima, além de se atender ao interesse público (preservação ambiental), não houve como se perder de vista a função social da propriedade. Como orienta Tessler (2003, p. 361-362), “o Juiz para bem decidir as questões ambientais deve internalizar a idéia de que a preservação ambiental integra o conceito da função social da propriedade e de que a função social da propriedade só é cumprida quando atendida a perspectiva ambiental”. Assim fazendo, o juiz deve, como diz o autor, estabelecer com as leis um sistema de vasos comunicantes, garantindo a necessária coexistência entre lei, direito e justiça. Sobre esse tema, completa BODNAR (2006, p. 5):

¹³ ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.026278-9, de Itajaí, de. Rel. Gaspar Rubick. Julgado em 10-12-2013. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em 10 de jun 2014.

¹⁴ ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.029113-4, de Itajaí, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto. Julgado em 08-10-2013. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em 10 de jun 2014.

A evolução da sociedade e do Estado implicou a redefinição do conteúdo do direito de propriedade à medida que esta passa a não mais servir ao seu titular, mas também a desempenhar uma função em prol da sociedade. A propriedade, hoje, pode ser comparada a uma moeda preciosa que apresenta duas faces: uma voltada para o indivíduo e a outra para toda a coletividade.

Os princípios em debate não têm sido aplicados comumente pelas cortes superiores nas questões ambientais, pois reclamariam análise de matéria de mérito, o que é vedado pela súmula 7 do STJ ou não repercute matéria constitucional, sendo raras suas inserções no assunto¹⁵. Oportunamente o STF pronunciou-se quanto à ausência de proporcionalidade na elaboração de legislação ambiental estadual, valendo-se do referido princípio para preservar o direito de propriedade em detrimento a uma atividade dita nociva ao meio ambiente, pois não havia um critério científico e razoável para restrições¹⁶. O STF também polemizou no

¹⁵ Do STJ, pautado na razoabilidade e proporcionalidade, pode-se destacar, como exemplo, a decisão que interpretou norma proibitiva administrativa ambiental que proibia a pesca amadora subaquática com arbaletes, assim ementado em parte: “AMBIENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PESCA SUB-AQUÁTICA EM APNÉIA COM ARBALETE. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PORTARIA IBAMA N. 20/03. 1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado em face de fundada ameaça de que a autoridade coatora adotasse medidas coercitivas para impedir que o impetrante-recorrente realizasse pesca sub-aquática amadora com arbaletes, com base na Portaria Sudepe N-35/88. 2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente, em síntese, que a pesca sub-aquática em apnéia com arbaletes, por ser do tipo amadora, não pode ser considerada predatória, e, portanto, deve ser permitida. 3. Com base na Portaria Ibama n. 20/03, o recorrente obteve licença para pesca subaquática amadora, inclusive com a utilização de arbaletes. (...). 6. Em primeiro lugar, convém ressaltar que a Portaria Sudepe é de 1988. Bem, o fato de a Portaria Sudepe N-35, ao livrar da proibição de pesca comercial os pescadores artesanais e amadores, não ter feito menção a este artefato diz respeito unicamente a sua inexistência à época em que editada esta portaria (1988), e não à real vontade regulamentadora de vedar a pesca subaquática amadora com o uso do arbaletes. Não há, pois, caráter restritivo, mas apenas lacuna relativa a desenvolvimento técnico. 7. Em segundo lugar, o conceito de ‘pesca artesanal’ não vem definido pela Portaria Sudepe, mas sim pela Portaria do Ibama retro transcrita e, neste conjunto de normas, a pesca amadora é simplesmente aquela que não possui finalidade comercial. 8. Em terceiro lugar, e mais importante porque ratifica as duas linhas argumentativas antes expostas, é digno de nota que o art. 1º da Portaria Sudepe permite a pesca com anzóis, tipo de pesca amadora que, na Portaria do Ibama pode ser classificada como pesca amadora desembarcada ou embarcada - conforme se utilize ou não de embarcações. 9. Quer dizer: até o uso de embarcações não é suficiente para afastar o amadorismo, de modo que o mero uso de arbaletes, sob a perspectiva da razoabilidade na proteção do meio ambiente aquático (especialmente sob o aspecto da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), também não o pode ser. 10. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 33.562/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe 24/08/2011. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 1º de dez 2012)”.

¹⁶ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. PROIBIÇÃO DE PLANTIO DE EUCALIPTO PARA FINS DE PRODUÇÃO DE CELULOSE. DISCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AOS POSTULADOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. DIREITO DE PROPRIEDADE. TEMA DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. 1. Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Espírito Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. Ausência de intenção de controle ambiental. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. Afronta ao princípio da isonomia. 2. Direito de propriedade. Garantia constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade. 3. Norma que regula direito de propriedade. Direito civil. Competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF, artigo 22, I). Precedentes. Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Pedido cautelar deferido.”(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2623 MC, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02472. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012).

juízo das legislações que proibiam a importação de pneus usados – adquiridos para serem reformados no Brasil –, conformando a legalidade de tais normas, de modo que a sustentação se deu igualmente pautada no princípio da razoabilidade e da sustentabilidade. A decisão é do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), que, por maioria dos votos, julgou parcialmente procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101, na qual julgou pela constitucionalidade das leis proibitivas em favor do meio ambiente, ressalvando as questões da sustentabilidade.¹⁷

O que se observa no tocante a esses princípios – razoabilidade e proporcionalidade – é que tem servido às questões ambientais e como meio de garantir a sustentabilidade hoje em voga, não de forma rígida e voltada apenas ao coletivo, mas individualizada, de modo a

^{17c} ARGUICÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUICÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. (...) Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001). Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 1º de dez 2012).

resguardar outros direitos fundamentais que estão diretamente interligados, pesando princípios como o da precaução e da prevenção. Nota-se que não se colocou, nos casos analisados, a propriedade como algo intocável, nem mesmo normas ambientais como comandos rígidos e invioláveis. Desenvolvimento sustentável não significa apenas a conservação dos nossos recursos naturais, mas, sobretudo, um planejamento territorial, em vista da preservação tanto do presente quanto do futuro. O sustentável decorre da coesão entre diversos sistemas, que devem se “sustentar” mutuamente em prol do bem comum, por isso é importante saber estabelecer o razoável e o proporcional caso a caso.

Importante lição é destacada do ementário do Agravo de Instrumento n. 2010.027473-0, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da lavra do Desembargador Vanderlei Romer:

Não se pode perder de vista que a legislação ambiental brasileira, na esteira da normatização ambiental em todo o mundo, foi erigida e necessariamente há de ser interpretada como suporte jurídico para o desenvolvimento sustentável, não se admitindo que dos textos legais sejam extraídas estereis conclusões que, em última instância, prejudiquem o bem-estar social, no caso, das comunidades urbanas que necessitam de obras de infra-estrutura, de construção de novas moradias e de centros comerciais. ‘A organização de áreas urbanas deve seguir regras próprias e adequadas à realidade urbana, o que, muitas vezes, no que concerne à proteção ao meio ambiente, serão distintas daquelas normas aplicáveis ao meio rural. Desse modo, urge a flexibilização da tutela dos recursos naturais nas cidades, de modo a conciliá-la com o crescimento econômico e com o interesse social (*in* <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8762>).’

Conclui-se, com o pensamento aduzido por Hans Jonas, que “o sacrifício do futuro em prol do presente não é logicamente mais refutável do que sacrifício do presente a favor do futuro” (JONAS, 2006, p. 46). Nesse norte, é fundamental e de grande valia a correta aplicação, pelos operadores do direito e principalmente pelos julgadores, dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, voltados sempre a uma noção consciente do que vem a ser o meio ambiente que se pretende preservar e das corretas adequações à sustentabilidade em cada caso concreto. Isso tudo nunca distante da necessidade de avaliar caso a caso e pesar, por meio de uma consciência ambiental, os alcances do razoável e do proporcional, em respeito à prevenção e à precaução.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, conclui-se que a conscientização histórica e sobre a realidade ambiental presente é essencial ao reconhecimento do que vem a ser, hoje, *meio ambiente*, o qual é objeto

de proteção jurídica. Essa consciência deve, igualmente, mostrar-se no valor prático dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O meio ambiente, definitivamente, possui conceituação ampla pela doutrina jurídica e deve assim ser entendido, pois o direito ambiental é complexo e busca garantir uma qualidade de vida, como um mecanismo de garantia de um direito humano fundamental. Por essa razão, deve existir consciência, por parte dos operadores do direito, da importância dessa modalidade jurídica, que visa, justamente, a preservação do ser, como objeto principal do direito ambiental.

Destaca-se, destarte, a importância do julgador e legislador nas questões ambientais, sobretudo do primeiro, pois é ele que será o detentor do poder moderador, instrumento de adequação dos casos ambientais postos em julgamento. O juiz, nos dias atuais, passa a ter maior relevância em favor do meio ambiente, pois deixa de ser um simples aplicador de normas rígidas e inflexíveis, para ser um intérprete das questões que envolvem os direitos postos em litígio. Como assevera Dworkin (2007), os juízes devem interpretar as normas, de modo a poder ajustá-las, o máximo possível, aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito. Vê-se, assim, que é na utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, seja de forma direta ou indireta, que o julgador encontrará a solução para impor equidade e a ideia de justiça ambiental. É, portanto, de suma importância que os juízes adquiram sensibilidade ambiental e sejam conhecedores da problemática que envolve a questão, a fim de poderem servir ao meio ambiente de maneira racional e proporcional.

É possível, contudo, que dentro de um ordenamento jurídico existam normas colidentes. Nesse caso, deve prevalecer a de maior valor. Assim, volta-se à fala inicial: o operador do direito deve ser sensível às causas postas diante de si, especialmente as ambientais, para que saiba ponderar entre normas conflitantes.

Por vezes, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são confundidos e usados como sinônimos. Muito embora possam servir um ao outro, nota-se pelo estudo que eles possuem origem e significado autônomos e que apresentam “raízes” antigas, servindo como fundamento de direito aplicado. Na atualidade, ganham ainda maior destaque com a aplicação no campo do direito ambiental, principalmente pelas recentes noções de transnacionalidade, que forçam um combate entre diversas normas ambientais que devem ser adequadas no plano estatal, principalmente pela instituição de diversos princípios protetivos. Com a crescente normatização de diversas questões que envolvem o meio ambiente, certamente haverá diversos embates entre normas, os quais deverão ser solucionados mediante a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na prática, observou-se que esses princípios já são usados, e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem-se socorrido deles para resolver questões ambientais, o que permite afirmar que é do juiz o papel fundamental de coesão entre normas ambientais, interesses individuais e coletivos, devendo por isso estar plenamente consciente e sensibilizado das questões que envolvem o meio ambiente. Nesse norte, a sustentabilidade não aparece somente como proteção do coletivo, mas também do individual e, acima de tudo, como preservação à vida em sentido amplo.

Assim, registra-se, sobretudo, que a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade deve servir de fundamento a qualquer decisão ou legislação ambiental, o que se tem vislumbrado na prática de estabelecer recuos menores para área *non eadificandi* ao longo de leitos d'água (margens de rios e córregos), em áreas urbanas já consolidadas, nos casos em que se confrontam normas regulamentadoras. Busca-se, assim, a norma mais adequada entre tantas, a fim de não prejudicar o direito de exploração da propriedade e não deixar de observar e considerar, concomitantemente, a importância das áreas de APP, deixando de lado a norma rígida, que falha na avaliação das características de cada caso.

LA IMPORTANCIA DE LA CONCIENCIA AMBIENTAL EN JUICIOS CUANDO UTILIZA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA VISTA DE LA SOSTENIBILIDAD - LAS DECISIONES DE LO TJSC ACERCA DE LOS APARTAMIENTOS MÍNIMOS QUE SE DEBEN CUMPLIR PARA APP EN LOS MÁRGENES DE CAUCES DE AGUA EN ZONA URBANA CONSOLIDADA.

Juliano Cesar Zanini

RESÚMEN

El medio ambiente es donde el ser humano vivo, la fauna, la flora, así como las formas culturales y artificiales, esta convivencia debe ser armónico. A su vez, la Ley Ambiental es rama autónoma introducida por la Ley Internacional y se unió de forma individual a las leyes de cada país en busca de la llave de la vida y garantiza la calidad. Cada vez más los derechos ambientales ganaron importancia y ha creado una sobrevaloración de las cuestiones ambientales, que merece, sin duda, y el grado más adecuado de visualización y protección por parte del poder legislativo. Sin embargo, es la aplicación de las cuestiones jurídicas que se plantean las mayores garantías, porque la ley nunca puede, por sí mismo, responder a las necesidades derivadas de las causas establecidas en la corte. La conciliación de los derechos en conflicto entre las cuestiones ambientales y las cuestiones individuales es uno de los más difíciles para los operadores de los atributos de la derecha, ya sean miembros de la legislatura nacional, o un juez administrativo. Como principios rectores de cualquier decisión judicial, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, fuentes de equilibrio, se deben observar la idea de la justicia y el sentido común, ya que la norma rígida e inflexible que no puede predecir todo lo que las preocupaciones protección del medio ambiente, a la vida, esto combinado con la precaución y la prevención ambiental. Por lo tanto, para la sostenibilidad, incorporando el significado general de esta actividad, algunas decisiones judiciales podrán, en casos excepcionales, para establecer distinto al establecido por ciertas leyes para la APP cursos de agua de margen película, basada en otras normas, equilibrar los intereses y pesaje principios.

Palabras-clave: Medio ambiente. Decisiones judiciales. Principios. Razonabilidad y proporcionalidad.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** [da definição à aplicação dos princípios jurídicos]. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro, 2003, Disponível em:

<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BODNAR, Zenildo. O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.15, maio 2006. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26863-26865-1-PB.pdf>> . Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2623 MC. Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. Julgado em 06 jun. 2002, DJ 14 nov. 2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02472. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 101. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. Julgado em 24 jun. 2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 33.562/RJ. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, segunda turma. Julgado em 16 ago. 2011, DJe 24 ago. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 1 p. 81-89, jan./jun 2012. Disponível

em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2012.41.08/857>>. Acesso em: 18 set. 2014.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Law's empire.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.029244-6, da Capital. Relator: Des. Ricardo Roesler. Julgado em 31 maio 2011. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.092623-4. Relator: Des. Jaime Ramos. Julgado em 31 maio 2012. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.029113-4, de Itajaí. Relator: Des. Francisco Oliveira Neto. Julgado em 08 out.-2013. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2014.

FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidade y transformaciones del derecho**. Artigo objeto da disciplina Engenharia Social, Transnacional e Sustentabilidade, ministrada na Universidade do Vale do Itajaí em setembro de 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 128, 1995.

_____. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 34. ed. São Paulo, 2003.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e Editora PUC Rio., 2006.

KELSEN, Hans. **La teoría pura del derecho**: introducción a la ciencia del derecho. Tradução Moisés Nilve. Buenos Aires: Editora Universitária, 1960.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. O papel do juiz na prevenção e na reparação do dano ambiental: apresentando a Declaração de Buenos Aires da XVI Cumbre Iberoamericano (2012). **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao049/Candido_Junior.html>. Acesso em: 07 dez. 2012.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. rev. e atual., São Paulo – SP: Malheiros, 1999.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1071.

_____. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. Revista dos Tribunais, 2004, p. 144-145.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. O observatório judiciário de Ronald Dworkin. O império do Direito e o conceito de integridade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3117, 13 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20850>>. Acesso em: 7 dez. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 368-369.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

RODRIGUES, Rebeca Mignac de Barros. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação quanto à utilização de provas ilícitas no processo penal. **Revista da ESMape**, Recife, v. 10, n. 21, jan./jun. 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito ambiental – parte geral. **Revista dos Tribunais**, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798, 2002, p. 23-50. Disponível em:
<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 335, p. 3-7, jul./set. 1996.

TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela jurisdicional do meio ambiente. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n 2, p. 355-369, maio/ago. 2003. Disponível em:
<<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/339/283>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

ZANINI, Juliano Cesar. Regulação jurídico-urbanística sustentável das costas – praias e o direito ao sol. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). **Governança Transnacional e Sustentabilidade**, v 2, Itajaí, Univali, 2014. p. 49-50.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BAZO, Michelle Cristina. A arbitragem e os princípios constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 467, 17 out. 2004. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5827>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. Itajaí: Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI), 2010, v. 15.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1990.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

MANCINI, Jorge Rodríguez. **Derechos fundamentales y relaciones laborales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Limitação dos juros nos contratos bancários**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SCHÄFFER, Wigold Bertoldo Schäffer et al. **Áreas de Preservação Permanente e Unidades de Conservação & Áreas de Risco: o que uma coisa tem a ver com a outra?: relatório de inspeção da área atingida pela tragédia das chuvas na região serrana do Rio de Janeiro**. Brasília: MMA, 2011. 96 p. il. color. 29 cm. + mapas. (Série Biodiversidade, 41). Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/182/_arquivos/relatoriotragediarij_182.pdf. Acesso em: 10 jun. 2014.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade**: uma abordagem constitucional. PUC do Rio. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatrz.html>. Acesso em: 10 dez. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.