

O STF E O ENFRENTAMENTO DO CONFLITO APARENTE ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DA LIVRE INICIATIVA

Gabriel Wedy

Juiz Federal Substituto. Delegado da AJUFE no Estado do Rio Grande do Sul. Vice-Presidente Institucional da AJUFERGS-ESMAFE. Mestre em Direito pela PUC-RS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O objeto do *leading case* analisado. 3. Da análise do acórdão. 3.1. Da não ocorrência das falácias da *hyper-integration* e *dis-integration*. 3.2. A interpretação conferida pela Corte, por maioria, está de acordo com os quatro cânones de Emílio Betti. 3.3. As pré-compreensões determinantes da decisão. 3.4. Na decisão respeitou-se à máxima da aplicação direta dos direitos fundamentais. 3.5. A decisão é a única resposta correta. 3.6. Na decisão aparecem argumentações intencionalistas. 3.7. Na decisão há justificação (interna e externa) suficiente. 3.8. Na decisão não aparecem intenções racionalistas radicais. 3.9. A decisão em horizonte mais longo reduz conflitos intertemporais. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o *leading case* do egrégio Supremo Tribunal Federal – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1/ Distrito Federal – que teve como relator o Ministro Celso de Mello. O *leading case* será analisado tendo por premissa dez questões de hermenêutica jurídica.

São estas as questões: 1) A decisão comete a falácia da desintegração? 2) A decisão comete a falácia da hiperintegração? 3) A decisão respeita os cânones de Emílio Betti? 4) Na decisão aparecem argumentações intencionalistas? 5) Na decisão aparecem intenções racionalistas radicais? 6) Na decisão quais foram as pré-compreensões determinantes? 7) A decisão é a única resposta correta? 8) Na decisão respeitou-se à máxima da aplicação direta dos direitos fundamentais? 9) Na decisão há justificação (interna e externa) suficiente? 10) A decisão em horizonte mais longo reduz ou amplia conflitos intertemporais?

A decisão é decorrente de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Federal impugnando o art. 4º, *caput* e §§ 1.º a 7.º, da Lei n. 4. 771, de 15/09/1965 [Código Florestal], na redação dada pela Medida Provisória n. 2.166-67, de 24/08/2001. Estas alterações permitem que vegetação seja suprimida de área de preservação permanente sem a edição de lei em sentido formal e material específica para cada corte e, contra este fato, irressignou-se o Ministério Público Federal que entende por vulnerado o art. 225 da Constituição Federal que protege de forma ampla o meio ambiente.

2 DO OBJETO DO *LEADING CASE*

As normas legais impugnadas sob o argumento de violação à Constituição Federal possuem o seguinte conteúdo material: “Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. § 1º A supressão de que trata o ‘*caput*’ deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo. § 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico. § 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente. § 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor. § 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas ‘*c*’ e ‘*f*’ do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública. § 6º Na implantação de reservatório artificial é obri-

gatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA. § 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa.”

O então Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Nélson Jobim, durante o período de férias forenses (julho de 2005), ao suspender, cautelarmente, a eficácia e aplicabilidade do art. 1º da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que alterou o art. 4º, *caput* e parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o Código Florestal, proferiu decisão com o seguinte conteúdo:

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA ajuizou ADI contra o art. 1º da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 agosto de 2001, na parte em que alterou o art. 4º, *caput* e parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Aponta a inconstitucionalidade formal dos referidos dispositivos por violação ao art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal.

Como referido no acórdão, constou na inicial:

...os dispositivos ora atacados tornam possível a supressão de área de preservação permanente mediante mera autorização administrativa do órgão ambiental, quando, em verdade, o legislador constituinte determinou que tal supressão somente poderá ocorrer por meio de lei formal.

... somente a lei em sentido formal e específica, entendida esta como o ato normativo emanado do Poder Legislativo e elaborada segundo os preceitos do devido processo legislativo constitucional, poderá autorizar a alteração e/ou supressão dos espaços territoriais especialmente protegidos...’

Foi alegado que o CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA, com fundamento na Medida Provi-

sória atacada...está prestes a autorizar, por meio de resolução, que o gestor ambiental local apure a ‘utilidade pública’ de um empreendimento de mineração e autorize, sem lei, a supressão da vegetação em área de preservação permanente.

E que...Tal fato... poderá acarretar prejuízos irreparáveis ao bem ambiental, uma vez que fundado unicamente na discricionariedade do gestor ambiental de dizer o que é utilidade pública, quando essa avaliação evidentemente extrapola a questão ambiental. [via de consequência] Abre-se a porta, por exclusivos interesses econômicos, especialmente minerários, para a extinção de espaços territoriais protegidos e essenciais à proteção e defesa dos ecossistemas.

...’ (fl. 7) E ainda que ...A 78ª Reunião do CONAMA será realizada nos próximos dias 27 e 28 de julho de 2005..., o que comprova a necessidade de concessão de medida cautelar com base no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99, ‘sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado’.

Nestes termos foi deferida a medida cautelar em sede de apreciação monocrática nestas termos:

Em exame prévio, verificam-se presentes os pressupostos necessários para o deferimento da medida cautelar.

A inicial anuncia a proximidade da 78ª Reunião Ordinária do CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA, órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA - SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE, que será realizada nos dias 27 e 28 de julho de 2005 (fls. 17/20).

Ocorre que, com fundamento no art. 4º da Medida Provisória ora impugnada, o CONAMA, por meio de Resolução, pode vir a autorizar o gestor ambiental local a suprimir a vegetação de uma área de preservação permanente, para fins de ‘empreendimento de mineração’ (fl. 7).

A Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de defender e proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225, ‘caput’, da CF).

Ora, a extração de minério causa danos irreparáveis e irreversíveis ao meio ambiente, eis que a área em que a atividade for desenvolvida não voltará ao seu estado anterior, presente por este motivo o ‘periculum in mora’.

O ‘fumus boni iuris’ encontra-se na norma constitucional (art. 225, § 3º, III, da CF) que autoriza a supressão de área de preservação permanente somente por lei.

Daí que a concessão da medida permitirá uma análise mais aprofundada sobre o tema e, ao mesmo tempo, não impedirá o precimento do direito de eventuais interessados na exploração ambiental.

Assim, defiro o pedido de medida cautelar para suspender, ‘ad referendum’ do Plenário, até o julgamento final desta ação, a eficácia do art. 4º, ‘caput’, e parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Comunique-se, com urgência, o teor desta decisão ao Diretor do CONAMA e ao Procurador-Geral da República.

Solicitem-se informações.

Todavia, referido entendimento não foi referendado pela maioria do Tribunal Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal, restando vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio que entenderam como inconstitucionais os dispositivos impugnados. O Ministro Relator Nelson Jobim, por sua vez, voltou atrás e reconsiderou a decisão acima proferida.

Referido acórdão restou assim ementado:

MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITO-

RIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) – ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS PERTINENTE – MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.

- Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciá-

vel, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.

- A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “*defesa do meio ambiente*” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Doutrina.

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.- O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compro-

missos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

- A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão.

- Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal.

- É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais es-

pecialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

Em suma o acórdão analisa como questão de fundo aparente o conflito entre o dispositivo constitucional do desenvolvimento nacional [CF, art. 3º, II] e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente [art. 225]. Em sentido estrito a questão objeto da discussão é se seria necessária a edição de lei formal [princípio constitucional da reserva de lei] para a supressão de vegetação em área de preservação permanente. Isto porque a Medida Provisória n° 2.166-67/2001, na parte em que introduziu alterações no art. 4º do Código Florestal permitiu a autorização da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem a publicação de lei específica, para licenciar ou permitir a execução de obras e realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos.

Isto porquê, segundo a maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, a lei que autoriza estas licenças, permite a execução de obras e realização de serviços nas áreas de preservação permanente é o próprio Código Florestal que permitiria ele sim um real controle pelos entes estatais das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa.

3 DA ANÁLISE DO ACÓRDÃO

3.1 Da não ocorrência das falácias da hyper-integration e dis-integration.

Preliminarmente, observa-se que a interpretação conferida, pelos componentes do Tribunal Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgado está em consonância com os dez preceitos para uma interpre-

tação sistemática da Constituição defendidos por Juarez Freitas¹ que são de fundamental importância para a hermenêutica jurídica contemporânea, não apenas nos debates acadêmicos, mas principalmente, nas decisões do Poder Judiciário acerca de matéria constitucional. Estes preceitos suprimem lacunas, extinguem antinomias e tornam possível uma aplicação justa e proporcional do texto constitucional aos casos a serem examinados pelo Poder Judiciário.

O mau entendimento e a incompreensão da Constituição nos dias atuais são a causa de equívocos cometidos nos julgados de nosso país que, algumas vezes, não aplicam o texto constitucional quando deveriam aplicar, aplicam o texto constitucional quando não deveriam aplicar, ou cometem as falácias da hiper-integração e da desintegração bem referidas por Laurence Tribe e Michael Dorf no seu clássico *How not to read de Constitution*.

Todavia, no caso em tela não se vislumbram as falácias da *hyper-integration* e da *dis-integration* que somadas ao originalismo são as

¹ Primeiro Preceito: Numa adequada interpretação tópicosistemática da Constituição os princípios fundamentais são a base e o ápice do sistema. Segundo Preceito: As melhores interpretações são aquelas que sacrificam o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais. Terceiro Preceito: Toda exegese sistemática constitucional tem o dever de garantir a maior tutela jurisdicional possível. Quarto Preceito: Uma interpretação sistemática constitucional deve buscar a maior otimização possível do discurso normativo. Quinto Preceito: Toda e qualquer exegese sistemática constitucional deve ser articulada a partir de uma fundamentação [hierarquização] racional, objetiva e impessoal das premissas eleitas. Sexto Preceito: Uma boa interpretação sistemática constitucional é aquela que se sabe, desde sempre, coerente e aberta. Sétimo Preceito: As melhores interpretações constitucionais sempre procuram zelar pela soberania da vitalidade do sistema, sem desprezar o texto, mas indo além dele, como requer o próprio texto constitucional. Oitavo Preceito: As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo as suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecida da eficácia direta e imediata. Nono Preceito: Na perspectiva tópicosistemática, uma lúcida interpretação das normas fundamentais sempre colima promover a preservação dos princípios constitucionais, ainda quando em colisão. Décimo Preceito: Uma pertinente e adequada interpretação sistemática só declara a inconstitucionalidade quando a afronta ao sistema revelar-se manifesta e insanável. Cf. *A interpretação sistemática do direito*, p. 7.

formas falaciosas pelas quais, segundo Tribe e Dorf, não deve ser lido o texto constitucional.²

A *dis-integration* é bem exemplificada por Tribe e Dorf ao referirem a interpretação dada pelo *Chief Justice* Burger acerca da pena de morte³. A quinta emenda da Constituição Americana refere que nenhuma pessoa deverá ser privada da sua vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal. Dessa forma, ignorando a oitava emenda que proíbe a aplicação de penas cruéis, a Suprema Corte Americana entendeu que com o devido processo legal é possível à aplicação da pena de morte. Referida interpretação comete a falácia da desintegração tendo em vista que desconsidera importante dispositivo constitucional que protege a integridade física do ser humano. A aludida interpretação falaciosa compreende que a punição cruel não é permitida pela Constituição Americana, mas a pena de morte por enforcamento, choque elétrico ou envenenamento pode ser aplicada pelos Estados não sendo, segundo esta interpretação desintegrada, a pena capital uma pena cruel.

² In effect, we want to offer some negative observations about ways no to read the Constitution, before turning in the remaining chapters to the more affirmative Project of reading the Constitution, against the backdrop of several actual as well as hypothetical cases. We have already rejected originalism as one way not to read the Constitution. Two additional ways not to read the Constitution are readily apparent; we will call them reading by disintegration and reading by hyper-integration. Cf. *How not to read de Constitution*, p. 20.

³ Consider more closely, then, the first fallacy – that of dis-integration. Let us begin with a straightforward example, one that was a favorite of former Chief Justice Burger. The Fifth Amendment says that “no person... shall be prived of life, liberty, or property, without due process of law”. Chief Justice Burger used to argue, as have others, that the authors of the language obviously must have contemplated that, with “due process of law”, a person may be deprived of life. Therefore, the argument goes, capital punishment is constitutional. It’s very simple; why should the Court struggle over it? The conclusion may or may not be right. Whether the death penalty is unconstitutional in an era when the overwhelming majority of industrialized nations have rejected it is a perplexing question. But Chief Justice Burger’s proposed method of answering it is profoundly dis-integrated and is not really a way of interpreting this Constitution, because the Fifth Amendment ratified as a separate part of the Constitution. It says that “cruel and unusual punishments” shall not be imposed. Is the death penalty, then, cruel and unusual? *Idem*, p. 21.

Nos dias atuais, contudo, como bem referido pelo *Justice Brennan*, o fato de uma cláusula constitucional contemplar de forma evidente que a pena de morte pode ser imposta pelo governo, sem ofender esta parte da Constituição, não é suficiente para responder a questão. Isto porque a quinta emenda da Constituição Americana deve ser analisada em conjunto com a oitava emenda da mesma para que o todo do texto não tenha o seu espírito e significado fulminado pela falácia da desintegração.

Indiscutivelmente, a interpretação oferecida pela Suprema Corte Americana há época da ratificação destas emendas, em 1791, não destoava do quadro político e econômico da época por mais bárbaro que fosse. Todavia, nos dias atuais, em que as nações civilizadas baniram a pena capital do seu ordenamento e sucessivos estudos demonstram cabalmente a completa ineficácia da mesma, torna-se insustentável a defesa da pena capital se analisarmos, também, o assunto sob o prisma das garantias dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Também não ocorre no caso a falácia da *hyper-integration* bem exemplificada por Tribe e Dorf na análise, de forma reversa, dos precedentes da Suprema Corte americana chamados *flag-burning decisions* de 1989 e 1990. Nestes casos Tribe e Dorf analisam o conflito entre o princípio da liberdade de expressão e crítica contra as políticas dos EUA prevista na primeira emenda da Constituição americana como um direito constitucional de todo o cidadão e a impossibilidade de punição criminal prevista através de emenda constitucional, para quem intencionalmente mutilasse, desfigurasse, corrompesse, queimasse ou mantivesse no chão ou no solo qualquer bandeira dos Estados Unidos da América.⁴

⁴ Consider, for example, the task that would confront the Supreme Court if, in order reverse the Court's 1989 and 1990 flag-burning decisions, the Constitution were amended to enable the federal and state governments to impose criminal sanctions on someone who "knowingly mutilates, defaces, physically defile, burns, maintains on the floor or ground, or tramples upon any flag of the United States". That was the language of the federal statute properly struck down in *United States v. Eichman*. Presumably, the terms of any flag desecration amendment that might ever be ratified would not disturb the First Amendment per se. It would be an amendment in addition to the First Amendment: both would be an amendment in addition to the First Amendment: both would be part of the amended Constitution. Suppose that after ratification of the flag desecration amendment, Congress were to reenact the flag desecration amendment, Congress were to reenact the flag desecration statute struck down in *Eichman*. Would it then be

No *leading case United States v. Eichman* julgado pela Suprema Corte Americana foi derrubado o Estatuto Federal que proibia a punição para quem conscientemente estragasse, cortasse, desfiasse, queimasse, estendesse no chão ou pisasse em qualquer bandeira dos Estados Unidos.⁵ Estaríamos ante um caso de hiper-integração, se a decisão não fosse esta. Como bem afirmado por Tribe e Dorf:

Uma posição hiper-integracionista como essa, a nosso ver, pode não ser legítima. Para ser claro, talvez não exista uma teoria política adequada capaz de conciliar o largo alcance da liberdade de expressão generalizada, com uma exceção criada explicitamente para a bandeira dos Estados Unidos; e ainda, a necessidade de consistência doutrinária pode não dar poder à Suprema Corte para ignorar o texto ou o inegável propósito de uma emenda promulgada no prazo. Outra tarefa difícil para a Suprema Corte seria ter que seguir indefinidamente delineando as fronteiras entre as expressões protegidas e a não profanação da bandeira.⁶

obviously constitutional? In the 1989 flag burning case, the Supreme Court noted that protection for “expression of dissatisfaction with the policies of this country is situated at the core of our First Amendment, since it is difficult to imagine that someone who burns an American flag express anything but “dissatisfaction with the policies of this country”. Given the importance of the First Amendment to our constitutional scheme of individual liberty and self-government, might this entitle the justice to rule that since the First Amendment is still part of the Constitution it trumps the flag desecration amendment, and to hold therefore that flag burning is still protected speech, notwithstanding the flag desecration amendment? Such a hyper-integrationist position would, in our view, be illegitimate. To be sure, there may be no adequate political theory that can reconcile wide-ranging freedom of expression generally with an explicit exception for the United States flag; yet the need for doctrinal consistency does not empower the Supreme Court to ignore the text or the undeniable purpose of a duly enacted amendment. Difficult as the task might be, the Supreme Court would have to go about drawing lines between protected expression on the one hand, and unprotected flag-defilement on the other. The sort of view that would allow the Supreme Court to invalidate a duly enacted amendment is a clear symptom of not interpreting the Constitution; little could better illustrate the hyper-integrationist fallacy. To attribute any unitary mission to the Constitution “as a whole” is to cross the line between reading the document and writing one of your own. Idem, págs. 26-27.

⁵ *Hermenêutica Constitucional*, p. 27.

⁶ Idem, p.28.

No *leading case* do egrégio STF ora analisado faz-se fundamental analisar a legislação de regência. A norma Constitucional prevê: “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: (...) 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. (...)”

De outra banda a Lei nº 4.771/65 prevê: “Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. § 1º A supressão de que trata o ‘caput’ deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo. § 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico. § 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente. § 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor. § 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas ‘c’ e ‘f’ do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública. § 6º Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA. § 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de

preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa.”

Dessa forma referido dispositivo infra-constitucional é uma garantia de que haverá um procedimento administrativo quando houver supressão de vegetação em área de preservação permanente, e mais, esta supressão somente poderá ser autorizada em casos de utilidade pública ou de interesse social de forma motivada e, ainda, somente naqueles casos em que não houver alternativa técnica ou locacional ao empreendimento proposto.

Assim o Poder Público possui em suas mãos um mecanismo legal que permite a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações como previsto no art. 225, *caput*, de nossa Magna Carta. Do mesmo modo referido texto constitucional torna compatível à preservação do meio ambiente, como direito constitucional de terceira geração, com os princípios gerais da atividade econômica que é fundada na livre iniciativa, mas tem também como princípio a defesa do meio ambiente, inclusive, mediante “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação [art.170,inc.IV]”.

Isto porque seria pouco crível, e violaria o princípio constitucional da proporcionalidade, que cada árvore ou arbusto que por algum motivo especial tivesse de ser cortada, por utilidade pública ou interesse social, fosse necessária a edição de lei formal para a realização de referido corte. Aqui pode ser lembrada aquela máxima de Fritz Fleiner ao referir-se ao poder de polícia utilizado de forma abusiva com a seguinte comparação: “Não é dado ao Estado abater com um fuzil um pardal”.

A interpretação deve ser feita, e o foi no caso, a ponto de não aniquilar um direito constitucional [livre iniciativa] em benefício de outro princípio constitucionalmente tutelado: a proteção do meio ambiente. Deve haver proporcionalidade na ponderação destes valores, o núcleo essencial de cada qual deve ser preservado e a proteção deve ser suficiente não podendo ser insuficiente em face do vetor da vedação de inoperância e tampouco não pode superestimar determinado princípio em face da possibilidade do escárnio da violação do vetor da proibição de excesso, ambos corolários do princípio da proporcionalidade.

Como afirmado por Juarez Freitas o intérprete constitucional deve ser o guardião de uma perspectiva proporcional da Carta:

O segundo preceito a referir é o de que o intérprete constitucional deve ser o guardião de uma perspectiva proporcional da Carta, não entendida a proporcionalidade apenas como adequação meio-fim. Proporcionalidade significa, sobretudo, que estamos obrigados a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Esta parece ser uma fórmula suficientemente esclarecedora para o preceito, vendo-o também como algo mais do que a simples vedação de excessos. Em nenhuma circunstância, um direito constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito.⁷

Pode-se dizer que no caso em tela a não exigência de lei para a supressão de vegetação de área de preservação permanente além de não impedir a proteção do meio ambiente também não inviabiliza investimentos da iniciativa privada importantes sempre para o desenvolvimento econômico sustentável e politicamente correto. É certo afirmar, também, que o Supremo Tribunal Federal através de uma interpretação sistemática afastou as falácias da *dis-integration* e da *hyper-integration*. Ademais como afirmado por Juarez Freitas “...uma interpretação sistemática madura afasta, entre outras, as falácias da *dis-integration* e da *hyper-integration*, sem sucumbir a niilismo de qualquer espécie.”⁸

Referidas falácias, portanto, encontram-se expungidas do *leading case* justamente porque a interpretação do texto Constitucional em seu conjunto cotejado com a legislação infraconstitucional já citada harmoniza o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa com a proteção do meio ambiente.

⁷ O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional, in *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*.

⁸ Idem, p. 64.

3.2 A interpretação conferida pela Corte, por maioria, está de acordo com os quatro cânones de Emílio Betti.

Emílio Betti fundador - na Universidade de Roma em 1955 - do “Instituto de Teoria da Interpretação” deve ser recordado como autor da obra que é alicerce basilar da teoria da hermenêutica: “Teoria Geral da Interpretação”. É um marco da obra deixada por Betti que a tarefa do intérprete a de “re-conhecer” e “re-construir” a mensagem, as intenções e o sentido do objeto.

Betti foi ferrenho crítico de teóricos da hermenêutica como Heidegger, Gadamer e Bultmann, pois segundo ele estes não levam na devida conta os direitos do objeto. Para Betti estes impõe o sentido ao objeto, ao invés de essencialmente extraírem do objeto o sentido de que a ele é inerente. Por isso Betti faz a devida distinção do que seja uma doação de sentido [*Singesbung*] do que é uma interpretação do sentido incorporado em um objeto [*Aulesgung*]. E daí surge a conhecida máxima na teoria da hermenêutica: “*Sensus nos est inferendus, sed efferendus*, o sentido não deve ser imposto mas extraído”.⁹

Com a finalidade de defender uma hermenêutica que garanta direitos ao objeto, Betti propôs quatro cânones ao procedimento hermenêutico:

1º. Cânon da autonomia: o sentido deve ser aquilo que se encontra no dado e dele se extrai, e não um sentido que para ele se transfere a partir de fora;

2º. Cânon da totalidade: as partes de um texto são iluminadas pelo sentido do texto inteiro, e o texto em seu conjunto se compreende no contínuo confronto com suas partes;

3º. Cânon da atualidade do compreender: a atitude do intérprete não deve ser “passivamente receptiva, mas factualmente reconstrutiva”: isto quer dizer que seria absurdo se a subjetividade do intérprete [e seus preconceitos, suas expectativas] fosse cancelada; o importante é que não seja imposta arbitrariamente sobre o objeto;

⁹ *História da Filosofia. I. Emílio Betti e a hermenêutica como método geral das ciências do espírito*. p. 265.

4º Cânon da adequação do compreender: o intérprete deve estar congenialmente disposto em relação ao objeto a interpretar, no justo nível espiritual para uma compreensão adequada.¹⁰

Assim para Betti a diferença entre o processo interpretativo e qualquer outro processo de conhecimento, em que se confrontam sujeito e objeto, é que o objeto está constituído por objetivações do espírito cabendo, como já referido, ao hermeneuta a missão de “re-construir” após “re-conhecer” a mensagem, os códigos e as intenções manifestadas nas objetivações.

Dessa forma o cânone da autonomia restou demonstrado na medida que o princípio constitucional da proteção ao meio ambiente foi extraído do art. 225 da Constituição Federal na medida certa e nada mais foi dali absorvido para alterar o significado do referido princípio.

O cânone da totalidade restou demonstrado de forma cabal no *leading case* na medida que o princípio da preservação do meio ambiente restou interpretado em harmonia com o princípio da livre iniciativa e do desenvolvimento sustentável. Desta forma a interpretação majoritária analisou o texto como um todo e não através de princípios, valores e regras isoladas de nossa Carta Política.

O cânone da atualidade do compreender também foi observado tendo em vista que a atitude do julgar da maioria do Tribunal Pleno não foi passiva, mas re-constructiva, restando preservada a subjetividade do intérprete. Isto porque se fosse levado em consideração apenas o princípio da preservação do meio ambiente considerado de forma literal e ignorada a abrangência do texto inserto no Código Florestal pela Medida Provisória 2. 166 – 67 esta deveria ser declarada inconstitucional. Todavia, a Suprema Corte entendeu que os mecanismos inseridos no art. 4º do Código Florestal permitem um real controle pelo Estado das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente e desta forma impedem ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental.

¹⁰ Idem, pág. 265.

Isso porque a partir da edição da Medida Provisória a supressão de vegetação somente poderá se dar com autorização do Poder Público em casos de utilidade pública ou de interesse social, de forma motivada, e após procedimento administrativo próprio. Ainda, a supressão da vegetação somente poderá ocorrer quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

Em relação ao quarto cânone, afirmou Betti:

Um quarto cânone ermeneutico, strettamente conesso col precedente e, come questo, attinente al soggetto del processo interpretativo: quello che proporremo di chiamare il cânone dell' adeguazione dell' intendere, o cânone della retta corrispondenza o consonanza ermeneutica, per cui l' interprete deve sforzarsi di mettere la própria vivente attualità in intima adesione e armonia col messaggio che – secondo la calzante immaginedei Humboldt – gli perviene dall' oggetto, per modo che l' una e l' altro vibrino in perfetto uníssonu.¹¹

Como referido, por Leonel Cesarino Pessoa, a respeito do quarto cânone de Betti, em complementação:

A participação do sujeito foi introduzida com um sentido bastante determinado. O intérprete deve percorrer em sentido inverso o processo criativo, mas não pode empreender esse percurso de maneira qualquer. O intérprete não está totalmente livre para tanto. O quarto cânone prescreveu condições que o intérprete deve satisfazer nesse processo de reconstrução do espírito originário. Duas foram às condições. Ele deve, sob o aspecto negativo, livrar-se dos pré-julgamentos e, sob o aspecto positivo, ampliar seus horizontes, tudo isso de modo a poder colocar-se em “íntima harmonia” com a mensagem que lhe é enviada na forma representativa. Nem todos podem assim captar as mensagens inscritas nas formas representativas, mas somente aqueles que conseguirem satisfazer a essa exigência de adequação.¹²

¹¹ *Teoria generale della interpretazione*, p. 319.

¹² *A teoria da interpretação jurídica de Emílio Betti: Dos métodos interpretativos à teoria hermenêutica*.

No *leading case* o Tribunal Pleno, na condição de guardião da Constituição, “re-percorreu” o *iter* interpretativo e “re-construiu” o espírito originário do texto da Medida Provisória que estava em consonância com o texto constitucional no sentido de preservar o meio ambiente sem tolher o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa.

3.3 As pré-compreensões determinantes da decisão.

Aluno de Heidegger, Hans Georg Gadamer [1900-2002] – professor em Leipzig, depois em Frankfurt e, por fim, em Heidelberg, intérprete da filosofia antiga, da mesma forma de Hegel e dos historicistas, publicou “Verdade e Método”, um clássico da hermenêutica, em questões técnicas e filosóficas.

Segundo Gadamer o intérprete se aproxima dos textos não com a mente semelhante a uma tabula rasa, mas com a sua pré-compreensão [*Vor-verständnis*], seus pré-juízos [*Vor-urteile*], suas pré-suposições e suas expectativas. Dessa forma analisa-se o texto através de uma pré-compreensão do intérprete. O intérprete possui em seu intelecto um significado preliminar do texto e é por isso que o texto é lido pelo mesmo com expectativas pré-determinadas, que derivam de sua pré-compreensão.

É com este *Vor-verständnis* que o intérprete se aproxima do texto e é sempre a colisão entre alguma parte da pré-compreensão do intérprete e o texto propriamente dito que atrai a sua atenção. E isto ocorre nos casos em que o texto não possui qualquer sentido e também naqueles outros casos em que o texto contrasta com as expectativas do intérprete.

Com efeito, Gadamer afirma que:

São esses choques que forçam o hermeneuta a se dar conta de seus próprios pré-juízos e a pôr em movimento a cadeia das interpretações sempre mais adequadas. Com efeito, quem procura compreender fica exposto aos erros derivados de pressuposições que não encontram confirmação no objeto. Conseqüentemente, a compreensão de tudo o que se deve compreender consiste totalmente na elabo-

ração desse projeto preliminar, que obviamente é revisto continuamente com base no resultado da penetração ulterior do texto.¹³

Desse modo, o trabalho hermenêutico posterior nada mais é do que a elaboração ou “re-elaboração” da chamada pré-compreensão que é revista continuamente com base no resultado da penetração ulterior do texto.

No *leading case* observa-se que no voto condutor resta evidenciada uma pré-compreensão determinante no sentido de proteger o meio ambiente através de uma leitura harmônica do texto constitucional com a aludida Medida Provisória que alterou o Código Florestal. Todavia, nos votos vencidos do Ministro Marco Aurélio e Carlos Britto está embutido um pré-conceito que insula a leitura do texto constitucional quando este protege o meio-ambiente. Ou seja, os Ministros ao proferirem os seus votos invocando o art. 225 da Constituição Federal não tiveram a pré-compreensão necessária do mesmo, pois não o adaptaram em relação à atividade econômica ecologicamente correta [art. 170, inc. VI] e tampouco observaram que a Medida Provisória que alterou o Código Florestal aperfeiçoou o mesmo na medida em que criou critérios com base no processo administrativo a fim de evitar o desmatamento criminoso e irracional.

Como afirmado por Richard Palmer “a interpretação de um texto, não é, pois uma abertura passiva, mas sim uma interação dialética com o texto, não é uma simples confirmação, mas sim uma criação, um novo evento na compreensão”.¹⁴ É necessário “re-percorrer” os próprios pré-conceitos e pré-compreensões para se chegar a uma interpretação mais razoável e mais próxima da verdade e, no caso do direito, da justiça.

Em relação aos votos vencidos, onde esteve presente o círculo hermenêutico? Foi esmiuçado o texto da Medida Provisória e cotejado o mesmo com a Constituição Federal e com a realidade econômica, social e ambiental do país? Foi reconhecida a existência de sistema jurídico?

¹³ *História da Filosofia. Hans Georg Gadamer e a teoria da hermenêutica*. Capítulo Décimo Terceiro. 6 Volume. Pág.251.

¹⁴ *Hermenêutica*. pág. 24.

Penso que não, houve mera aplicação de artigo da Constituição Federal que ignorou esses relevantes fatos. E, impossível confundir-se, não ocorreu aqui a máxima de Gadamer de “interpretar aplicando”, ao contrário, “aplicou-se a lei sem efetivamente interpretá-la”.

Refere com propriedade Ricardo Bittar:

Outra constatação importante da teoria de Gadamer: só há hermenêutica jurídica quando há um sistema jurídico vigente para todos os membros de uma comunidade, inclusive e, sobretudo, para aqueles que elaboram as leis e ditam as regras sociais. Se algo é vinculante e não abolível, o único recurso racional à solução necessária para a decisão é o recurso à hermenêutica.

Aí, neste ponto fica evidenciada a importância do pensamento de Gadamer para a hermenêutica jurídica, principalmente os conceitos de experiência, de compreensão, de historicidade e de lingüisticidade que sempre foram combatidos e ignorados pelas tendências mais conservadoras da hermenêutica jurídica. A hermenêutica jurídica é o resultado híbrido do passado e do presente, assim a aplicação demanda sempre a pré-compreensão, em um círculo de passado, presente e futuro que envolve a compreensão do ser pelo próprio ser.¹⁵

Pasqualini, por sua vez, afirma que “quem interpreta, ao mesmo tempo, aplica [Gadamer] e hierarquiza [Juarez Freitas], então o jogo da exegese representa, mais do que qualquer outra coisa, perseguir o melhor possível [*belstiston ekton dynaton*]”.¹⁶ A interpretação e aplicação de Gadamer, portanto, deve estar em consonância com a interpretação tópico-sistemática de Juarez Freitas para que haja então maior plausibilidade de obtenção da melhor, mais exata e justa interpretação.

¹⁵ Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. *Hermenêutica Plural*. Org. Carlos e de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. Págs.180-201.

¹⁶ In *Hermenêutica Plural*. Org. Carlos e de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. Op. Cit. págs. 159-179.

3.4 Na decisão respeitou-se à máxima da aplicação direta dos direitos fundamentais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito constitucional fundamental de terceira dimensão [art. 225, §3º] [seguindo o conhecido critério de direitos constitucionais de primeira, segunda e terceira dimensões referidos por Celso Ribeiro Bastos], em que pese a sua localização no texto constitucional esteja fora do rol do art. 5º.¹⁷

Jorge Miranda, ao comentar a Constituição portuguesa é por demais claro e refere que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos e garantias são diretamente aplicáveis”.¹⁸ Aliás, referida asserção provém da dicção literal da primeira parte do art. 18º do diploma constitucional luso praticamente transplantado para o art. 5º, § 2º, de nossa Magna Carta.

Para Jorge Miranda o sentido essencial da norma não pode deixar de salientar o caráter preceptivo, e não programático, das normas de direitos, liberdades e garantias. A norma deve afirmar que esses direitos se fundam na Constituição e não na lei. E por fim a norma deve sublinhar [em expressão conhecida na doutrina tedesca] que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, e não são os direitos fundamentais que devem mover-se no âmbito da lei.¹⁹

De outra banda, sem ignorar as lições de Konrad Hesse, contrárias a Nipperday, que em sua essência admite a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, Gilmar Ferreira Mendes entende que, sendo as relações entre particulares, com base no direito privado, decididas pelo Estado-Juiz, está a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais. Desse modo, a matéria constitucional assume sempre relevo nas decisões dos tribunais ordinários como na Corte Constitucional.²⁰

¹⁷ Cf. Ingo Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. pág. 80.

¹⁸ *Direitos Fundamentais*; pág. 135.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

²⁰ *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. p. 223.

Juarez Freitas, por sua vez, defende a redução ao máximo das limitações dos direitos fundamentais:

os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem todos encartados no art.5º da Constituição Federal [no caso brasileiro]. De outra parte, devem ser interpretadas restritivamente as limitações, havendo, a rigor, regime unitário dos direitos fundamentais das várias gerações, donde segue que, no âmbito, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento, notadamente tendo em vista os direitos sociais, encontrando-se peremptoriamente vedados os retrocessos. Com efeito, uma vez reconhecido qualquer direito fundamental, a sua ablação e a sua inviabilização de exercício mostram-se inconstitucionais.²¹

Tendo presentes referidas lições doutrinárias em cotejo com o corpo do acórdão sindicado observa-se de chofre que a máxima da aplicação imediata dos direitos fundamentais verificou-se no caso em tela. Todavia, referida aplicação, por maioria dos membros da Corte, se reafirma, observou as máximas da vedação de excesso e de inoperância. Não foi o caso da minoria vencida que ao interpretar o dispositivo constitucional levou a interpretação extrema de se exigir, na prática, a edição de lei formal para o corte de uma árvore ou de um arbusto em uma área de preservação permanente.

3.5 A decisão é a única resposta correta.

A decisão do Supremo Tribunal Federal sim, neste caso, e por exceção, tendo em vista que nos dias atuais a hermenêutica repudia a tese da única resposta correta, foi, sem redundância, a única resposta correta. Pretender a aplicação do art. 225, § 3º, da Constituição em detrimento da Medida Provisória impugnada inviabilizaria toda e qualquer atividade econômica em áreas de preservação permanente em menoscabo aos princípios gerais da atividade econômica insertos no art. 170 da Constituição Federal. Em permane-

²¹ Idem, pág.206.

cendo o voto da minoria, estaria vulnerado o princípio da livre iniciativa e da propriedade privada insertos no texto constitucional.

É certo que o direito ambiental deve cada vez mais ser um direito de tutela não do homem, mas do meio ambiente como um todo. É certo que o meio ambiente deve ser vigorosamente protegido contra atividades econômicas nocivas, inescrupulosas e irresponsáveis ambientalmente. Não se ignora também que a ordem econômica tem como princípio geral “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e seus processos de elaboração e prestação [art.170, inc.VI]”.

Todavia, a interpretação deve ser sempre tópico-sistemática alijando falácias interpretativas diversas. Assim dificultar e impedir o desenvolvimento, através de uma interpretação que não protege o meio ambiente e nem atende as noções de justiça preconizadas por Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, e de equidade lecionadas por Aristóteles, em “*A Política*”, não pode ser o melhor caminho a trilhar.

Desta forma ocorre que os votos vencidos pareceram marcados por uma interpretação textualista que não extraiu do texto constitucional o seu sentido mais sublime e, tampouco, analisou a medida provisória em seu âmago que ao exigir motivação e procedimento administrativo para a supressão de vegetação estava a proteger e tutelar o meio ambiente como determina o art. 225 da Constituição Federal.

3.6 Na decisão aparecem argumentações intencionalistas.

Parece ser indiscutível que no *leading case* aparecem argumentações intencionalistas. Esta posição intencionalista imbuída daquela noção de *voluntas legislatoris*, está inarredavelmente ligada à posição majoritária do excelso sodalício.

É bem verdade que ao referir-se ao intencionalismo mister faz se reportar aos hermeneutas norte-americanos que se dividem entre os interpretativistas e os não-interpretativistas que, sem preconceito, podem ser chamados de novos hermeneutas. Dentre os interpretativistas temos os originalistas que pretendem extrair da norma ou do texto original o seu significado. Também dentre os interpretativistas temos os intencionalistas que buscam na interpretação do texto extrair a intenção do seu

autor e, no mesmo sentido, do texto legal pretendem extrair a intenção do legislador ao editar determinada norma.

Dentre os interpretativistas, e também intencionalistas, se pode destacar Scalia [*A Matter of the Interpretation*] e Bork que dentre outras contribuições para o direito deixou a sua célebre polêmica com Dworkin sobre “o originalismo e a interpretação”. Essa talvez a sua mais concreta contribuição no campo da hermenêutica, seja em face dos seus sólidos argumentos seja pelo fôlego e vigor intelectual do adversário, autor de “*Taking Rights Seriously*”.

Como afirmado por Amy Gutmann no prefácio de *A Matter of the Interpretation*, a essência da filosofia da lei desenvolvida pelo Justice Scalia na obra é chamada de originalismo ou textualismo e visa buscar o significado original do texto e aplicá-lo às presentes circunstâncias. É assim que deveria, para Scalia, ser dirigida a interpretação dos estatutos e da Constituição.²²

O Justice Scalia, de indiscutível coragem moral e intelectual, demonstrada em *A Matter of the Interpretation*, pela sua exposição às críticas de juristas do porte de Gordon Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon e Ronald Dworkin, defende com altivez o que ele entende por textualismo. Afirma que o textualismo não deve ser confundido com o que é apenas chamado de construtivismo, a forma degradada de textualismo traz uma filosofia como um todo desacreditada. Refere, no entanto, que não é um construcionista estrito e afirma que ninguém deve sê-lo. Todavia, supõe ser esta posição melhor do que a de um não-textualista. Assevera que o texto não deveria ser interpretado estritamente e lenientemente, mas deveria ser interpretado razoavelmente e abranger todos os significados de forma justa.²³

²² Vide em *A Matter of the Interpretation*” p. 3: “This is the essence of the philosophy of law that Justice Scalia develops here in more detail. The philosophy is called textualism, or originalism, since it is the original meaning of the text – applied to present circumstances – that should govern judicial interpretation of statutes and the Constitution”.

²³ Idem, p. 23: “Textualism should not be confused with so-called strict constructionism, a degraded form of textualism that brings the whole philosophy into disrepute. I am not a strict constructionist, and no one ought to be – though better that, I suppose, than a nontextualist. A text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means.”

Bork, criticado ferozmente por Dworkin, se caracteriza por ser um *strict constructionist*, ou seja, por ser um originalista radical assim como Berger e Rehnquist. Este pensamento de um *strict constructionism* nada mais é do que um originalismo radical e fica bem resumido em duas asserções bem expostas por Miguel Beltrán de Felipe nestes termos:

[a]- La interpretacion de la Constitución ha de regirse única y exclusivamente por la original intent y [b] cuando van más Allá de esta original intent, los Jueces del Tribunal Supremo le imponen sus ideas a la nación, usurpándole el poder al pueblo.²⁴

Todavía, mostra-se temerário voltar-se exclusivamente para a *voluntas legislatoris* na hora de interpretar uma lei ou ater-se exclusivamente ao texto legal ao interpretá-lo. O círculo hermenêutico neste caso não se completa e o trabalho do hermenêuta torna-se empobrecido. Observa-se que o Ministro Marco Aurélio afirma que o art. 225 da Constituição Federal incide no caso concreto e protege o meio ambiente. Mas não observa que mesmo que essa disposição constitucional esteja no texto para proteger o meio ambiente não pode ser interpretada de modo a não protegê-lo, e mais, de inviabilizar a atividade econômica nas áreas de preservação permanente. Isto porque, se nem o direito fundamental à vida é absoluto o que se dirá do direito à proteção do meio ambiente que, se compreende, deve prevalecer sobre o direito fundamental à livre iniciativa, mas não pode solapá-lo, destruí-lo e incinerá-lo.

Em outros termos o argumento parece posto no sentido de que toda e qualquer atividade viola o meio ambiente e nada mais pode ser feito, projetado e elaborado sob pena de violação ao art. 225 da Constituição Federal. Este argumento é posto *ad terrorem* e não se sustenta, pois não vem devidamente motivado e justificado.

Todavía, em contrapartida, sempre os argumentos do Supremo Tribunal Federal trazem “um quê” de intencionalismo pela própria disposição constitucional que o eleva a guardião e intérprete maior do texto constitucional [art. 102, da CF]. Dessa forma, o intencionalismo sempre

²⁴ *Originalismo e interpretacion. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, p. 57.

está presente nas interpretações do Supremo Tribunal Federal. Impõe-se ao mesmo policiar-se para não assumir uma posição intencionalista radical o que seria incompatível com o conceito mais comezinho de Estado Democrático e Social de Direito e feriria de morte o princípio da separação dos poderes [art. 2º], marcado pelo *checks and balances*.

Evidentemente a melhor hermenêutica, principalmente quando aborda direitos fundamentais, deve ir além do textualismo. Neste sentido Juarez Freitas:

numa perspectiva tópico-sistemática, indo além do textualismo, o núcleo basilar dos direitos fundamentais não pode deixar de ser respeitado, no presente, não apenas pelo legislador, mas pelo intérprete, mormente em sistemas de jurisdição única.²⁵

Desse modo o textualismo não resolve antinomias e questões de difícil interpretação que envolvam conflitos de direitos fundamentais, de regras, valores e princípios. É necessária uma interpretação tópico-sistemática que busque em um sistema aberto de princípios, valores e regras uma saída que não descaracterize o Estado Democrático de Direito e, mais, o Direito em uma concepção justa.

3.7 Na decisão há justificação (interna e externa) suficiente.

Na decisão encontra-se justificação interna e externa razoável e suficiente. A essa conclusão se chega ao se sindicarem acerca dos conceitos de sistemas interno e externo de acordo com Claus – Wilhelm Canaris, Karl Larenz, Ricardo Guastini e Alexy.

Referidos sistemas não são incompatíveis, mas complementam-se. Como afirmado por Karl Larenz:

O sistema interno é, além disso, fragmentário, no sentido de que não podem integrar-se nele todas as normas ou regulamentações. Tanto as regulações de índole preponderantemente técnico-jurídica, por exemplo, o regime cadastral for-

²⁵ Idem, pág. 209.

mal, a natureza da autenticação, os regulamentos de polícia, como as leis-medida se subtraem a ele, pelo menos em grande escala. Para pôr numa ordem externa a massa dessas normas e poder manejá-las é preciso, agora como dantes, o sistema externo. Só que não se deve esperar dele nenhuma resposta a questões jurídicas ou acreditar que só com a sua ajuda se podem descobrir as conexões de sentido internas do direito – sem cujo conhecimento a matéria jurídica é no seu conjunto uma massa inerte com a qual, em última instância, se pode operar de um ou exaltando a importância do sistema externo e de outro modo.²⁶

Para Canaris, respondendo àqueles que o entendem despedido de valor:

Com certeza que semelhante sistema não fica, com isso, despedido de valor; pelo contrário: ele é de grande significado para que o Direito possa ser visto no seu conjunto e, com isso, para a praticabilidade da sua aplicação, bem como, imediatamente, também, para a segurança jurídica, no sentido da previsibilidade da decisão.²⁷

Esta aí talvez a importância fulcral do chamado sistema externo e de seu inquestionável valor: a possibilidade de, ao analisar este sistema, prever a provável decisão e com isso irradiar segurança jurídica aos jurisdicionados.

A decisão considerou a alteração da legislação infraconstitucional, via Medida Provisória, constitucional. Desta forma restaram protegidas as áreas de proteção permanente e a sua vegetação. Foi considerado, também, o texto constitucional no sentido de compatibilizar o princípio da livre iniciativa com a proteção ao meio ambiente. No mesmo sentido valeram-se os Ministros em seus votos, em especial o relator, de citações de doutrina de direito constitucional e ambiental. Houve também referências a *leading cases* do Supremo Tribunal Federal.

²⁶ *Metodologia da Ciência do Direito*, págs. 696-697.

²⁷ *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema Jurídico*, p. 26.

Ficaram nítidas a eleição e a adoção de premissas internas e externas. Dessa forma a decisão restou com sólida justificação interna e externa e de difícil, ou impossível, contestação dentro de um prisma proporcional e racional.

3.8 Na decisão não aparecem intenções racionalistas radicais.

Todo radicalismo torna-se perigoso, pois lhe falta juízo dialético, contraponto suficiente de idéias, análise de prós e contras, a razão dos “porquês”, uma visão ampliada de sistema jurídico e a razoabilidade de um pensamento que se possa chamar de tópico e sistemático.

O racional provém da razão e, portanto, desde que ponderado e refletido em um discurso dialético pode ser positivo. No caso em tela observam-se intenções racionalistas e raciocínios que levam em consideração àquela máxima da tridimensionalidade do direito exposta na filosofia jurídica de Miguel Reale levando em consideração a premissa maior e a premissa menor que levam a uma conclusão lógica. Portanto, analisando os votos vencedores, observa-se que foi analisado o texto constitucional e a combatida norma infraconstitucional em primeiro lugar [premissa maior]. Foram analisadas as hipóteses fáticas que poderiam ser marcadas por conseqüências nefastas com a suspensão da lei e chegou-se à conclusão de que poderiam ser causados prejuízos à economia, ao meio ambiente e à coletividade como um todo se a liminar deferida fosse ratificada.

Nesse prisma se observa um *decisum* racionalista, mas prudente, em que foram analisadas às hipóteses de decisões, contrário *sensu*, e suas conseqüências. Dessa forma não seria nem mesmo racional decidir ao contrário do que foi decidido por ausência de fundamentos constantes nos sistemas interno e externo.

3.9 A decisão em horizonte mais longo reduz conflitos intertemporais.

A decisão demonstrou-se atual, pois protege o meio ambiente, o que vem sendo uma preocupação mundial nos últimos anos. Em nossos dias observa-se que os textos constitucionais e infraconstitucionais, ao redor do Mundo, surgem com redações que, de forma crescente, embasados

em acontecimentos reais e fatos científicos, protegem o meio ambiente como um todo.

Partindo, portanto, da premissa de que a alteração infraconstitucional, através da aludida Medida Provisória é benéfica ao meio ambiente pode-se dizer que a decisão em horizonte mais longo não apenas reduz conflitos intertemporais como também, no ponto nevrálgico da questão debatida neste ensaio, os elimina. Isto porque dos dias de hoje até os finais dos tempos o desenvolvimento econômico e social deverá respeitar o meio ambiente como uma forma não apenas de preservação da espécie humana, mas de todos os seres vivos.

A presente lei não poderá ser alterada, por exemplo, para permitir que a vegetação das áreas de preservação permanente seja extirpada pelo Poder Público ou por particulares sem o competente processo administrativo, sem o estudo de impacto ambiental e sem motivação fática e legal. Este ponto parece pacífico, e neste sentido jamais poderá a legislação ser modificada. Na mesma senda observa-se que a intenção da lei em proteger o meio ambiente será uma constante ao longo da história sempre em linha ascendente e jamais em linha descendente.

É desnecessário assim recorrer aos ensinamentos François Ost em “O tempo do direito” ou extrair o sumo da polêmica entre Gabba e Robier sobre o direito intertemporal para se chegar à conclusão que a atual decisão é boa hoje, como teria sido satisfatória ontem e será no mínimo suficiente no futuro. Infere-se, portanto, que a decisão reduz e até mesmo extingue conflitos intertemporais.

4 CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo, sem pretender esgotar o debate que envolve mais que questões legais, mas filosóficas, pode se chegar a respostas razoáveis e fundamentadas às questões inicialmente propostas na introdução do mesmo.

Pelo exposto ao longo do trabalho conclui-se que a decisão analisada não comete as falácias da *hyper-integration* e *dis-integration* e respeita os quatro cânones de Emílio Betti. No mesmo sentido estão presentes no *leading case* argumentações intencionalistas muito embora não apareçam nos votos da maioria intenções racionalistas radicais como expostas nos votos vencidos.

Está claro na decisão a pré-compreensão determinante de que o meio ambiente necessita ser preservado sem anular o núcleo essencial do princípio da livre iniciativa e do desenvolvimento econômico sustentável. A decisão em face dos argumentos propostos pela maioria do Supremo Tribunal Federal é realmente a única resposta correta até porque respeitou a máxima da aplicação imediata dos direitos fundamentais, eliminou em horizonte mais longo conflitos intertemporais e foi sólida através de justificações internas e externas suficientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducción Luis Villar Borda. Bogotá: Editora Universidad Externado de Colômbia.

_____. *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. San Sebastián. Septiembre: 1988.

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Págs 13-26. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Num. 66. Septiembre-Diciembre. 2002

BITTAR, Eduardo C. B. págs. 181-202. in *Hermenêutica Plural*. Org. Carlos E de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoría do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª. ed. Brasília: Ed. Editora Univer-sidadede, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª. Ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Editora Fundação Calouste Guilbenkian, 2002.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. 20ª. São Paulo: Ed. Editora Perspectiva, 2006.

FELIPE, Miguel Beltrán de. *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid: Editora Civitas, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

_____. O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Vol. 35. n.2. p. 01-304. abr./jun.2000.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de teoria y metateoria del derecho*. Barcelona: Editora Gedisa, 1999.

MARTINS, Leonardo, e DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª. Ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional II. Direitos fundamentais*. Lisboa: Editado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1993-1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4ª.ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico. Uma introdução a interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.

_____. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. Págs. 159-180. in *Hermenêutica Plural*. Org. Carlos E de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PESSÔA, Leonel Cesarino. A teoria da interpretação jurídica de Emílio Betti dos métodos interpretativos à teoria hermenêutica. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 6. abril/junho 2001. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

REALE, G. e ANTISERI. *História da Filosofia. Hans Georg Gadamer e a teoria da hermenêutica*.

_____. *Emílio Betti e a hermenêutica como método geral das ciências do espírito*.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª. ed. ver. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

TRIBE, Laurence, e DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

_____. *How Not to Read the Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3ª.ed. Madrid: Editora Trotta, 1999.